

ANDREAS WACKE

## Die Zwecke von Buße und Kriminalstrafe nach römischen Rechtsquellen\*

### *I. Philosophische Grundlagen*

1. „Strafe muss sein“, heißt es im Volksmund.<sup>1</sup> Der nachdenkliche Jurist fragt genauer: Warum oder wozu muss Strafe sein? Das „warum“ richtet sich retrospektiv auf die begangene Missetat und bezweckt deren Sühne, Vergeltung. Mit dem „wozu“ richtet man hingegen den Blick in die Zukunft: um den Täter zu bessern, um andere von ähnlich bösem Tun abzuschrecken. Damit hätten wir – auf eine synthetische Kurzformel gebracht – schon die drei wichtigsten Antworten beisammen, nämlich die Theorien: 1. von der Vergeltung, 2. von der Erziehung zum Besseren oder der Resozialisierung (der Verhinderung eines Rückfalls), 3. von der Abschreckung, der Generalprävention.<sup>2</sup>

Die Frage nach den Strafzwecken gehört zu jenen Grundlagenthemen, welche die Zeiten (und damit auch die Geltung einzelner Strafgesetze)

---

\* Interesse am römischen Strafrecht bekundete mein verehrter Freund Imre Molnár besonders mit seinem Beitrag von 1998 über „Grundprinzipien des römischen Strafrechts“. Den Aufgaben der Lehre widmete sich unser Jubilar aufopferungsvoll weit über die derzeit in Deutschland übliche Altersgrenze hinaus. Für die kommenden Jahre sei ihm von Herzen Gesundheit gewünscht und die wohlverdiente Muße gegönnt, auf dass er sich mit Freuden weiteren Studien widmen kann. – Wegen des einschlägigen und weiterführenden Schrifttums sei auf den Anhang verwiesen. – Zu einer Untersuchung der Strafzwecke nach Ansicht der Römer wurde ich angeregt durch meine Beschäftigung mit dem Unfall beim Prellen (s. unten VI 2). Die in Collatio 1,11,3 angegebene Begründung *ut ceteri eiusdem aetatis iuvenes emendarentur* verlockte dazu, die Frage an Hand weiterer Quellen zusammenhängend zu erforschen.

<sup>1</sup> L. RÖHRICH: *Lexikon der sprichwörtlichen Redensarten* (2. Aufl. 1995) s.v. Strafe.

<sup>2</sup> Zum Theorienstreit um den Zweck der Strafe s. den guten Überblick bei J. BAUMANN/U. WEBER/W. MITSCH: *Strafrecht Allgemeiner Teil* (10. Aufl. 1995) § 3 Randnr. 24 ff. mit Lit.; ergänzend etwa H. KORIATH: *Über Vereinigungstheorien als Rechtfertigung staatlicher Strafe*. Jura 1995, 625 ff.; CL. ROXIN: Wandlungen der Strafzwecklehre. in: *Grundfragen staatlichen Strafens*. Festschrift H. Müller-Dietz (München 2001) 701 ff. – Ein entwicklungsgeschichtlicher Gesamtüberblick bei W. NAUCKE, Art. Straftheorie, Strafzweck, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte [HRG] V (1998) 1-6 m. reicher Lit.

überdauern. Maßgebliche Antworten lieferten darauf bereits die griechischen Philosophen.<sup>3</sup> Aus der römischen Antike stammen unsere beiden wichtigsten nichtjuristischen Quellen von Seneca und Gellius; beide berufen sich ausdrücklich auf Platon.

*Nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur*, lautet ein markanter Ausspruch Senecas, den er auf Platon zurückführt.<sup>4</sup> Zur Begründung fügte Seneca hinzu: Vergangenes sei unabänderlich geschehen, künftigen Ereignissen aber könne man zuvorkommen. Mit dem weisen Bonmot trat Seneca offenbar einer landläufigen älteren Vorstellung entgegen, alleiniger Zweck der Strafe sei die Vergeltung. Der Gegensatz zwischen retrospektiver und prospektiver Sicht scheint uns darin jedoch auf übertriebene Weise zugespitzt.<sup>5</sup> *Nemo prudens punit, quia peccatum est*: soll Vergeltung für begangenes Unrecht ganz und gar unvernünftig sein? Das kann Seneca nicht gemeint haben, denn die Rache hat in seinem rechtsphilosophischen Denken durchaus ihren Platz.<sup>6</sup> Vernünftiger ist es aber, auch das Ziel ins Auge zu fassen, was Strafen künftig bewirken könne; darauf ist vielleicht sogar das Schwergewicht zu legen. Das Passiv *ne peccetur* schließt beide Arten künftiger Tatbegehung ein: durch den erstbestraften Täter selber (Besserung, Rückfallverhinderung) und durch bislang nicht straffällig gewordene andere (Generalprävention). Statt allzu antithetischer Zuspitzung dürfte in der Verbindung beider Strafzwecke (im Sinne eines „nicht nur..., sondern [vor allem] auch) die angemessene Deutung liegen. In seinem Traktat über den Zorn

<sup>3</sup> Ihre Ideen interessieren im folgenden nur insoweit, als sie die römischen Juristen beeinflussen haben könnten. Ein knapper Überblick bei T. J. SAUNDERS, Art. „Punishment, Greek theories about“, in: S. Hornblower/A. Spawforth, *The Oxford Classical Dictionary* (3. ed. 1996) 1279 f. m. Lit. Siehe ebenda S. 1278 f. auch A. W. LINTOTT: Art. „Punishment, Greek and Roman practice“.

<sup>4</sup> Lucius Annaeus Seneca d. J. (gest. 65 n. Chr.), *De ira* 1,16,21 = 1,19,7, auch 2,31,8, unter Berufung auf Platon, Nomoi 11,12 (gegen Ende). Über den Sinn des Strafens eingehend Y. BONGERT: *La philosophie pénale chez Sénèque*. in: O. DILIBERTO 1993, 95–120, bes. S. 108 ff. über Prävention (Besserung, amendement), Abschreckung (exemplarité), Beseitigung (élimination) des Verbrechers, Vergeltung (rétribution), Rache (vengeance), Bestrafung des bösen Willens. Die Zitate aus Seneca bringt BONGERT allerdings nicht im lateinischen Original, sondern konsequent nur in französischer Übersetzung. Das berühmte Seneca-Zitat steht ins Französische übersetzt auf S. 109. – HUGO GROTIUS (u. Fn. 37) § IV 1 zitiert Senecas Ausspruch unter namentlicher Anführung. Von Grotius selber stammt er entgenen JESCHECK/WEIGEND: *Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil* (5. Aufl. 1996) § 8 II 1 jedoch nicht.

<sup>5</sup> Ebenso V. SØRENSEN: *Seneca: Ein Humanist an Neros Hof* (München 1985) 93 ff. (zu *De ira*), 97 im Anschluss an ALF ROSS. Noch schärfer NAGLER 139 f.: „nur vermeintlich weise, im Grunde nichtssagend“. Die Worte seien „zur Glaubensformel aller Relativisten geworden, die mit ihrer feingeschliffenen Antithese jeden Widerspruch wuchtig niederschlagen soll. Selten ist wohl ein Ausspruch so unverdienter Ehren teilhaftig geworden wie dieser: das Herausreißen aus dem Zusammenhang hat seine innere Schwäche bemäntelt.“

<sup>6</sup> BONGERT: 115 ff.; unter Hinweis auf J. BRISSET: *Le stoïcisme et la vengeance*, *RHD* 58 (1980) 57, zu Seneca, *De ira* S. 64 ff.; G. COURTOIS: *Le sens et la valeur de la vengeance chez Aristote et Sénèque*. in: Verdier/Poly (Hrsg.), *La vengeance III* (Paris 1984) 111 ff. (*non vidi*).

## Die Zwecke von Buße und Kriminalstrafe nach römischen Rechtsquellen – 415

ermahnt Seneca folglich dazu, nicht aus Entrüstung über die begangene Missetat scharf zu verurteilen, sondern die Strafe leidenschaftslos im Hinblick auf deren Wirkung für die Zukunft gerecht zu bemessen.<sup>7</sup> Den „Strafe im Zorn kennt weder Maß noch Ziel“.<sup>8</sup>

2. Gut ein Jahrhundert später weiß Gellius ausführlich über drei Gründe für die Bestrafung von Vergehen zu berichten. Ich zitiere seine Ausführungen auszugsweise in eigener, möglichst sinngetreuer Übersetzung:<sup>9</sup>

„Der erste Grund, auf griechisch *kólasís* (Züchtigung) oder *nouthesia* (Ermahnung) genannt, dient der Züchtigung und Besserung (*castigandi atque emendi gratia*), wenn jemand aus Unvorsichtigkeit fehlte (*qui fortuito delinquit*),<sup>10</sup> [damit er sich künftig] aufmerksamer und besser (*attentior correctiorque*) verhalte. Den zweiten Grund nennen diejenigen, welche auf sorgfältige Unterscheidung der Wörter Wert legen, *timoría* (Rache). Dieser Grund zur Ahndung ist gegeben, wenn Würde und Ansehen des geschmähten Opfers zu schützen sind, damit nicht [etwa] unterlassene Ahndung ihm Geringschätzung eintrage und sein Ansehen schädige; daher leitet sich diese Bezeichnung, so meint man, von „Erhaltung der Ehre“ (*timès*) ab. Der dritte Grund zur Verfolgung, von den Griechen *parádeigma* (warnendes Vorbild) genannt, ist vorhanden, wenn eine Büßung zum (abschreckenden) Beispiel erforderlich ist, damit die Übrigen von ähnlichen Verfehlungen, die es im öffentlichen Interesse zu verhindern gilt, aus Furcht vor der drohenden Strafe abgeschreckt werden. Daher bezeichneten auch unsere Vorfahren die schlimmsten und schwersten Strafen als ‚*exempla*‘.“<sup>11</sup>...

---

<sup>7</sup> Aus dem „ungeordneten Durcheinander“ in Senecas Traktat zieht NAGLER 140 die zutreffende Konklusion, „dass ein zornschäumender Richter zu unparteiischem Urteil unfähig ist.“... Aber: „Die Beziehung der Strafe zur Vergangenheit ist ganz auf die Zornreaktion hinausgespielt, die Besonnenheit dagegen ebenso einseitig auf Zukunftserwägungen gestellt... Mit der verbissenen, zornwütigen Rache und der abgeklärten Zukunftssorge werden nur die äußersten Extreme getroffen.“

<sup>8</sup> K. F. W. WANDER: *Deutsches Sprichwörter-Lexikon III* (Leipzig 1867/Augsburg 1987) IV s. v. Strafe Nr. 26.

<sup>9</sup> Aulus Gellius, *Noctes Atticae* (ca. 170-180 n. Chr.) 7,14,1-9. Eine ältere deutsche Übersetzung verfasste F. WEISS (1875, Neudr. 1975), eine englische J. C. ROLFE (1927, reprint 1982). Den hier interessierenden Passus würdigt ausführlich DILIBERTO 1993 (zusammenfassend 170 f.). Eingehende Gesamtwürdigung des Gellius mit überreichen Lit.-Hinw. von K. SALLMANN/P. L. SCHMIDT in: R. Herzog/P. L. Schmidt/K. Sallmann (Hrsg.), *Handbuch der lateinischen Literatur der Antike IV* (München 1997) 68-77.

<sup>10</sup> *Fortuito* oder *casu delinquere* bedeutet im römischen Strafrecht ‘aus Versehen’, wie in Marcian D. 48,19,11,2: *Delinquitur aut proposito aut impetu aut casu*; LIEBS, Lat. Rechtsregeln Nr. D 25. Zum unterschiedlichen Begriff *casus* im Strafrecht und im privaten Haftungsrecht s. WACKE 1979, MUCIACCIA 1980.

<sup>11</sup> Hiernach später italienisch ‚scempio‘: unten Fn. 184. Vgl. HILDG. KORNHARDT: *Exemplum: Eine bedeutungsgeschichtliche Studie* (Diss. phil. Göttingen 1936), zu Strafexemplen S. 35 ff., 88 ff.; zum Einfluss des griechischen Wortes *paradeigma* auf das lateinische *exemplum* S. 62 ff. Die Rechtsquellen zu *exemplum* zieht KORNHARDT allerdings nur spärlich heran, was KRELLER,

„Diese drei Bestrafungsgründe [so fährt Gellius fort] finden sich mehrfach auch bei anderen Philosophen; auch unser Taurus hinterließ sie schriftlich im ersten Buch seiner Erläuterungen zu Platos Gorgias. Plato selbst nennt jedoch mit deutlichen Worten ausdrücklich bloß zwei Gründe zum Strafen: einen, den wir an erste Stelle setzten, zwecks Erziehung, und den anderen, an dritter Stelle genannten, aus Furcht vor exemplarischer Bestrafung...“

Kommentar: Gellius benutzt griechische Fachausdrücke ohne Nennung lateinischer Äquivalente. Beim dritten Strafzweck, der exemplarischen Bestrafung zwecks Abschreckung, fährt er fort: „Deshalb verwendeten auch unsere Vorfahren den Ausdruck *exempla* für die härtesten Strafen.“ Später beruft er sich noch auf ungenannte „andere Philosophen“, speziell auf den Kommentar „unseres Taurus“ zu Platons Gorgias; schließlich kommt Platon (insoweit hier nicht wiedergegeben) im griechischen Original persönlich zu Wort. Römische Philosophen oder Juristen werden hingegen namentlich nicht genannt, auch nicht Seneca. Hieraus ist zu schließen, dass Gellius vorwiegend über philosophisches Gedankengut aus Griechenland referiert. Die von ihm genannten Kategorien sind mit den uns heute vertrauten und eingangs erwähnten auch nicht deckungsgleich. An erster Stelle steht merkwürdigerweise sowohl die Züchtigung des Fahrlässigkeitstäters als auch seine Erziehung zum Besseren. Der zweite Grund ist eigentümlicherweise um die Wiederherstellung der Ehre des geschmähten Opfers bemüht – wiederum ein Spezialfall. An dritter Stelle wird endlich die strenge exemplarische Bestrafung zwecks Abschreckung erwähnt. Die reine Vergeltung für begangenes Unrecht fehlt jedoch in dieser Trias; Gellius scheint nur „Zweckstrafen“ zu kennen. In einem hier nicht übersetzten Textteil nennt Gellius denn auch Fälle, in denen ihm die Auferlegung einer Strafe (vor allem wegen anderweitiger oder aber wegen unmöglicher Zweckerreichung) als unpassend erscheint, nämlich 1. wenn große Hoffnung darauf besteht, dass der Täter auch ohne Bestrafung sich von selbst bessert, 2. wenn umgekehrt keinerlei Aussicht besteht, ihn zu bessern und zu vervollkommen, 3. wenn eine Ehrenminderung des Geschmähten überhaupt nicht zu befürchten ist, schließlich 4. wenn das Vergehen seiner Art nach keine exemplarische Bestrafung zwecks Abschreckung erheischt.<sup>12</sup> Im zweiten der genannten Beispiele hätte jedoch die Unschädlichmachung des unverbesserlichen Gewohnheitsverbrechers nicht unerwähnt bleiben dürfen.

Weshalb Platon den zweiten von Gellius genannten Strafzweck (Schutz der Würde des Opfers) nicht erwähnt, lässt Gellius im (hier ebenfalls nicht wiedergegebenen) Fortgang seines Berichts ausdrücklich dahingestellt. Auf die

SZ 57 (1937) 532 mit Recht bedauert. Vgl. KASER (u. Fn. 183). Weit. Hinw. u. Fn. 116.

<sup>12</sup> Man denke an einen abergläubischen (untauglichen) Versuch. – Sehr kritisch gegenüber den zuletzt genannten Konsequenzen NAGLER 141: Spekulationen, ja Hirngespinnste ohne Bezug auf das positive römische Recht.

wiedergegebenen) Fortgang seines Berichts ausdrücklich dahingestellt. Auf die reine Vergeltungsstrafe kommt Platon im von Gellius wörtlich zitierten Passus nicht zu sprechen. Die rechte Art zu strafen liegt nach Platon in dem Nutzen, entweder für den Bestraften selber (zu seiner Besserung), oder für die Übrigen, indem sie durch den Anblick des ihm zugefügten Leids Furcht bekommen.

## *II. Stand der Forschung. Plan der Darstellung*

1. Nach diesem Referat über die wichtigsten literarischen Quellen aus Seneca und Gellius wissen wir noch nichts über die Ansichten der römischen Juristen über Sinn und Zweck des Strafens. Sucht man Belehrung in THEODOR MOMMSENS maßgeblichem, auch nach einhundert Jahren nicht übertroffenen Handbuch zum römischen Strafrecht, so klappt man es nach der Lektüre von über 150 Druckseiten über „Die Strafen“ enttäuscht wieder zu, weil man in den diesbezüglichen zwölf Abschnitten seines Buches zu unserer Grundsatzfrage wenig findet.<sup>13</sup> Neuere kürzere Gesamtdarstellungen des römischen Strafrechts schweigen ebenfalls hierüber.<sup>14</sup> Nimmt man den neuesten Grundriss der Strafrechtsgeschichte hinzu,<sup>15</sup> so verstärkt sich der Eindruck, dass eine Theorie über die Zwecke der Strafe erst in der Neuzeit entwickelt worden sei.

Es spräche für den praktischen, auf die Fall-Lösung konzentrierten Sinn der römischen Juristen, wenn sie theoretische Erörterungen über Sinn und Zweck der Strafe gemieden hätten. Angesichts des intensiven Kulturaustausches im östlichen Mittelmeer müsste es jedoch verwundern, wenn nicht wenigstens ein Abglanz vom Gedankengut der griechischen Philosophen sich in den römischen Rechtsquellen wiederfände.

Die Forschungen über philosophische Einflüsse auf die Rechtsordnung der Römer sind noch längst nicht abgeschlossen.<sup>16</sup> Im Strafrecht liegen solche Verbindungen besonders nahe. Sie bildeten auch das Generalthema eines vom nachmaligen italienischen Justizminister OLIVIERO DILIBERTO

---

<sup>13</sup> TH. MOMMSEN: *Römisches Strafrecht* (Leipzig 1899, Neudr. Darmstadt 1961) 897–1049. Vor Mommsen äußerten sich ausführlich zu unserem Thema W. REIN 1844 und bezogen auf die Vergeltung L. GÜNTHER 1889. Beide führen auch reichlich Literatur an. MOMMSEN zitiert hingegen ausschließlich Quellen.

<sup>14</sup> BRASIELLO 1937; ROBINSON 1995; SANTALUCIA 1998.

<sup>15</sup> H. RÜPING/G. JEROUSCHEK: *Grundriß der Strafrechtsgeschichte* (4. Aufl. München 2002) S. 73 ff., 91 f. zu den rechtsphilosophischen Begründungen der Strafzwecke, mit umfassenden Lit.-Nachw.

<sup>16</sup> Einen Überblick über einen wichtigen privatrechtlichen Bereich gibt M. J. SCHERMAIER: *Materia: Beiträge zur Frage der Naturphilosophie im klassischen römischen Recht* (Wien/Köln 1992) Kap. 3 S. 35 ff., *passim*. Mit großem Einfluss griechischer Philosophie rechnet OKKO BEHREND in zahlreichen Abhandlungen, zuletzt etwa „Gesetz und Sprache. Das römische Gesetz unter dem Einfluß der hellenistischen Philosophie“, in: O. Behrends/W. Sellert (Hrsg.), *Nomos und Gesetz* (Göttingen 1995) 135–249.

herausgegebenen Sammelbandes.<sup>17</sup> Andererseits wurde schon längst bemerkt, dass die römischen Juristen ihre Aufmerksamkeit erst relativ spät der wissenschaftlichen Bearbeitung des Strafrechts zuwandten.<sup>18</sup> Im Kriminalrecht erreichten sie darum nicht ganz den von ihnen im Privatrecht gewohnten hohen Standard. Als Grund für ihre anfängliche Zurückhaltung dürfte eine Rolle gespielt haben, dass hier auf die jeweiligen politischen Herrschaftsverhältnisse Rücksicht genommen werden musste. Zumal im uns interessierenden Bereich der Allgemeinen Lehren erscheint das römische Strafrecht als unterentwickelt. (Aber auch im Privatrecht war die Herausbildung genereller Prinzipien nicht gerade die besondere Stärke der Römer). Am auffälligsten ist wohl das Fehlen einer konsequenten Lehre vom Versuch der Straftat.<sup>19</sup> Andererseits ist philosophisches Gedankengut beispielsweise bei der Behandlung des Selbstmords mit Händen zu greifen.<sup>20</sup>

2. Die dem Zweck der römischen Kriminalstrafe gewidmeten, relativ verstreuten Abhandlungen sind bald aufgezählt.<sup>21</sup> Im gleichen Jahr 1899, als Mommsens monumentales Römisches Strafrecht erschien, verfasste F. BUONAMICI einen Aufsatz über den Begriff der Strafe im justinianischen Recht. Gleichzeitig äußerte sich C. FERRINI dazu einleitend zu seinem allgemeinen Teil des römischen Strafrechts. 1918 widmete der Kriminalist

<sup>17</sup> DILIBERTO 1993.

<sup>18</sup> Als erste Einführung noch immer beachtlich M. KASER, Römische Rechtsgeschichte (2. Aufl. Göttingen 1967) § 29. Zur Frühzeit auch DULCEIT/SCHWARZ/WALDSTEIN: *Römische Rechtsgeschichte* (9. Aufl. 1995) § 12 (m. weit. Lit.).

<sup>19</sup> Dazu GENIN 1968; SPERANDIO 1998. Zum untauglichen Versuch WACKE 1995; dort weit. Lit. S. 594 Fn. 5. Zum Rücktritt unten Fn. 155. Ohne Schadenszufügung durch ein vollendetes Delikt konnte im Privatprozess kein Geschädigter als Kläger auftreten. Im öffentlichen Kriminalprozess hätte ein konsequentes Willensstrafrecht – vom Strafzweck her argumentierend – zur eigenständigen Bestrafung des Versuchs gelangen können. Dazu kam es nicht. Behindert wurde eine präzise dogmatische Erfassung der versuchten Straftat durch die weite Fassung des unter Sulla erlassenen Gesetzes gegen „Meuchelmörder und Giftmischer“ (*Lex Cornelia de sicariis et veneficis*), worin diverse Vorbereitungshandlungen wie das Herumschleichen mit einer Waffe (*cum telo ambulare*) oder die Giftzubereitung dem vollendeten Totschlag gleichgestellt waren. Im Bestreben, einen weiten Bereich von Tötungstatbeständen abzudecken, ist die *lex Cornelia* erschließbaren Vorgängernormen vergleichbar, welche eher als Polizeigesetze gegen das Gangster-Unwesen konzipiert waren; s. D. NÖRR, *Causa mortis* (München 1986) 86 ff., 88 f. – Eine Beurteilung der römischen Lehre von der (mittelbaren) Täterschaft und der Teilnahme dürfte günstiger ausfallen.

<sup>20</sup> WACKE 1980 S. 45 ff., 59 f., 70 f., 76 f. In D. 28,3,6,7 erwähnt Ulpian den aus Ruhmessucht, um aufzufallen (*iactatione*) verübten Selbstmord „einiger Philosophen“ (*quidam philosophi*); dazu WACKE S. 60; zu Unrecht für interpoliert erklärt von A. GUARINO: *Iusculum iuris* (Napoli 1985) 237 ff.; DERS., *Trucioli di bottega* 11 (Napoli 2004) 15 ff. (Das letztgenannte Werk ist angezeigt von WACKE, OIR 9, 2004).

<sup>21</sup> Einzelnachweise im bibliographischen Anhang. – Die rechtspolitischen Begründungen für vergeltende und abschreckende Strafen in der unter Hadrian heranreifenden Rechtsordnung behandelt auch F. CASAVOLA, ANRW II 15 (1976) 145–150, überwiegend gestützt auf andere als die hier behandelten Quellen.

JOH. NAGLER ein Kapitel seines umfangreichen Werkes über die Strafe auch dem römischen Strafbegriff. Im späteren romanistischen Schrifttum wurden NAGLERS oftmals originelle Ausführungen jedoch soweit ersichtlich nicht rezipiert.<sup>22</sup> Erst Jahrzehnte später, nämlich 1948, widmete FRANCESCO DE ROBERTIS unserem Thema eine längere Studie. BIONDO BIONDI führte bald darauf in seiner Trilogie „Il diritto romano cristiano“ (1954) die Besserungsfunktion der Strafe auf christlichen Einfluss in der späteren Kaiserzeit zurück. Um 1970 wandte sich CARLO GIOFFREDI dem Thema dann erneut zu. 1989 griff ANDREA LOVATO den Besserungsgedanken als Strafzweck (unter mehreren) heraus. Um 1990 gibt MICHEL HUMBERT einen soliden zusammenfassenden Überblick über die Strafe (und ihre Zwecke) im römischen Recht. Zwei bald darauf erschienene Abhandlungen von OLIVIERO DILIBERTO betrachten besonders den (bereits dargestellten) längeren Bericht des Aulus Gellius über die Ansichten antiker Philosophen im Spiegel römischer Rechtsquellen.<sup>23</sup> Die im Justinians Novellen hervortretenden Ansichten über die Strafzwecke analysierten schließlich FRANCESCO SITZIA (1990) und ROBERTO BONINI (1993).

Die Ergebnisse der bisherigen Autoren unterscheiden sich nicht grundlegend, sondern nur in der Bewertung des Verhältnisses verschiedener Strafzwecke zueinander. Nach BUONAMICIS zugespitzter These (S. 195) stand die Abschreckung für die Römer ganz im Vordergrund. Nach der Gegenthese von NAGLER (der BUONAMICIS entlegene Studie nicht kannte) zielte die römische Strafe hingegen primär auf Vergeltung (auf „objektive Genugtuung“) ab (S. 143 ff.); Präventionswirkungen (sowohl generelle als auch der speziell auf den Täter abstellende Besserungsgedanke) seien bloß untergeordnete Nebenzwecke gewesen (NAGLER S. 148 ff.). Nach HUMBERT war das Strafrecht der archaischen Periode vom Vergeltungsgedanken beherrscht (S. 137 ff.). Ihn habe man in der klassischen Epoche beibehalten, unter dem Einfluss philosophischer Strömungen jedoch angereichert.

3. Meine Aufgabe soll im folgenden die (im bisherigen Schrifttum vernachlässigte) exegetische Auswertung der quellenmäßig überlieferten Kasuistik sein. Es genügt nämlich nicht, den Quellen entnommene kurze Kernsätze aneinander zu reihen (womit die genannten Autoren sich zumeist

---

<sup>22</sup> Das ist zu bedauern. Denn NAGLER stellt zwar die Quellen (ebenso wie BUONAMICI noch im Stile der zu Ende gegangenen Pandektistik) auf unhistorische Weise zusammen. Zu ihnen bringt NAGLER jedoch zahlreiche engagierte Stellungnahmen und wichtige Einzelbeobachtungen. Den Hinweis auf Naglers unter den Entbehrungen (auch an wissenschaftlicher Literatur) des Ersten Weltkriegs entstandenes Opus magnum über die ganze Dogmengeschichte der Strafe verdanke ich HEINZ HOLZHAUER (Münster).

<sup>23</sup> Aus der gründlichen Untersuchung von MICHÈLE DUCOS über den Einfluss der griechischen Philosophie auf die römische Republik (1984) ist besonders auf den 3. Teil hinzuweisen: *Répression et éducation*. Die uns interessierenden kaiserzeitlichen Rechtsquellen lässt Ducos jedoch fast ganz außer Betracht.

begnügten). Um ein anschauliches Bild zu gewinnen, müssen solche Motivationen im Zusammenhang der jeweiligen Sachverhalte interpretiert werden. Es bietet sich an, sie in die drei wichtigsten Strafzwecke Vergeltung, Abschreckung und Besserung einzuteilen und in dieser Reihenfolge zu betrachten (unten IV-VI). Dazu gehört schließlich viertens noch ein kurzer Blick auf die Genugtuungsfunktion der Strafe (unten VII). Uns interessiert vor allem, inwieweit bei der Entscheidung einzelner Fälle mit dem Strafzweck argumentiert wurde (dazu bes. unten V 2-3, 5 und VII). Außerdem sollten (deutlicher als bisher geschehen) die einzelnen Arten von Strafen voneinander unterschieden werden.

### III. Privatrecht und Kriminalrecht

Eine generelle Vorbemerkung ist noch vonnöten bezüglich der Reichweite des staatlichen Kriminalrechts. Die Zahl der von Amts wegen verfolgten Verbrechenstypen war beachtlich kleiner als heutzutage. Gegen die Persönlichkeit und ihr Vermögen gerichtete Angriffe musste der Verletzte im Privatprozess verfolgen. Dazu gehörten die Verletzung der Ehre und des guten Rufes (*iniuria*), Diebstahl und Unterschlagung (*furtum*), Betrug (*dolus malus*), sogar Raub (*rapina*) und Erpressung (*metus*). Bei diesen als *delicta privata* bezeichneten Vergehen<sup>24</sup> erhielt der klageberechtigte Verletzte die Deliktsbuße (*poena*) zugesprochen: oft das Doppelte, zuweilen das Vierfache des zugefügten Schadens (sog. Multiplarstrafen). Im Zusammenhang mit der auf das Einfache gerichteten Buße nach der *lex Aquilia* wegen Sachbeschädigung (einschließlich Sklaventötung und -verletzung) entwickelten die Juristen noch heute gültige Lehren über die Rechtfertigungsgründe Notwehr und Notstand.<sup>25</sup> Mord war mit staatlicher Kriminalstrafe bedroht, aber auch dort oblag die Anklage primär einem Angehörigen der Sippe des Getöteten.<sup>26</sup> Zumal in der späteren Antike führten manche Vergehen sowohl zu privater Deliktsbuße als auch zu staatlicher Kriminalstrafe; beide Sanktionen waren sogar kumulierbar.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> Geregelt im 47. Buch der Digesten mit 746 Paragraphen. Nimmt man die über *metus*, *dolus* und zur *lex Aquilia* überlieferten Paragraphen hinzu, so ergeben sich 1164: weitaus mehr zu Privatedikten als die im 49. Buch über die *crimina publica* erhaltenen Paragraphen.

<sup>25</sup> Dazu WACKE, SZ 106 (1989) 469-501.

<sup>26</sup> Ein Sohn, der den gewaltsamen Tod seines Vaters durch Anklage nicht rächte, verwirkte sein Erbrecht; z. B. D. 29,5,15,1-2. Vgl. unten VII. Lit.: G. I. LUZZATTO: Sull'obbligo degli eredi di vendicare l'uccisione dell'ereditando, *Studi Ratti* (Milano 1934) 543 ff.; YAN THOMAS, Sich rächen auf dem Forum, 1996.

<sup>27</sup> Gratian CTh. 9,20 = CJ. 9,31 (378 n. Chr.): ...*nec, si civiliter fuerit actum, criminalem posse consumi*...; D. LIEBS: *Die Klagenkonsumption im römischen Recht* (Göttingen 1962) 266 ff. – Bezüglich der vorsätzlichen Sklaventötung behandelt die Konkurrenz von privater Deliktshaftung und krimineller Strafverfolgung eingehend M. MIGLIETTA: *Servus dolo occisus* (Napoli 2001). – Zur Entwicklungsgeschichte des Verbots doppelter Strafverfolgung (*ne bis in*



Von dieser Doppelspurigkeit privater und kriminalrechtlicher Verbrechensverfolgung<sup>28</sup> bis zum Strafmonopol des Staates war es ein langer Weg.<sup>29</sup> Für bestimmte (qualifizierte) Begehungsformen des Diebstahls kommt neben der privaten *actio furti* seit der Spätclassik die kriminalrechtliche Verfolgung auf,<sup>30</sup> welche die zivilrechtliche letztlich verdrängt. Heute wird für Warenhausdiebstähle darüber nachgedacht, die Entwicklung zurückzudrehen und zu einer Art privater Bußklage zurückzukehren.

Auf die Zwecke der Strafe berufen sich die Juristen häufiger bei den *crimina publica*. Als Argument angeführt wird der Strafzweck hingegen öfters bei den *delicta privata*.<sup>31</sup> Private Bußklagen werden wir darum in unsere Betrachtungen soweit erforderlich einbeziehen. Verglichen mit den 901 Paragraphen im Digestentitel 48 über die im öffentlichen Strafprozess anzuklagenden Verbrechen ist die Anzahl der sich zum Strafzweck äußernden Fragmente (etwas mehr als ein Dutzend), die wir im folgenden betrachten werden, eher gering.

#### IV. Der Vergeltungsgedanke

„Die Vergeltungsfunktion ist die älteste und in früheren Zeiten allein ins Auge gefasste.“<sup>32</sup> Dass sich das römische Strafrecht auf dem Vergeltungsprinzip aufbaute, ist seit langem nahezu unbestritten.<sup>33</sup> Im altrömischen Recht verfiel der Frevler als *homo sacer* der göttlichen Rache.<sup>34</sup> Nach den Zwölftafeln galt

---

idem) P. LANDAU, ZRG kan. Abt. 87 (1970) 124–156.

<sup>28</sup> Zum Unterschied zwischen *civiliter* und *criminaliter agere* s. L. VACCA: Azioni penali ex delicto, in: *Diliberto* 1993, 195–217. Die verschiedenen Bezeichnungen *crimen* und *delictum* decken sich nicht mit kriminellem und zivilem Unrecht.

<sup>29</sup> Zur Entstehung des staatlichen Strafanspruchs (sog. *ius puniendi*) überblicksweise H. HÜBNER 1985/1997. – Vom subjektiven *ius puniendi* (Strafgewalt) unterscheidet man das *ius poenale* („peinliches“ Recht, die Strafnormen im objektiven Sinne), s. J. BAUMANN/U. WEBER/W. MITSCH (o. Fn. 2) § 3 Rz. 3. Beide Begriffe kommen in den antiken Quellen nicht vor: J. G. FUCHS 1959, 27. Eine dritte Disziplin des Strafrechts neben den beiden anerkannten Kategorien *ius publicum* und *ius privatum* hat die römische Schuljurisprudenz nicht gebildet. Damit ist vereinbar, dass spätklassische Juristen eine beachtliche Anzahl von speziell dem Strafrecht gewidmeten Monographien verfassten.

<sup>30</sup> M. KASER: *Das römische Privatrecht* II (2. Aufl. 1975) 433 f.; weit Hinw. bei WACKE 1995, 599 Fn. 31.

<sup>31</sup> Zwischen *crimen* und *delictum* wird begrifflich in den Rechtsquellen aber nicht scharf unterschieden; anders ALBERTARIO, *Delictum e crimen*, in: ALBERTARIO, *Studi di diritto romano III* (Milano 1936) 143–208; dag. krit. KASER, RP I<sup>2</sup> 609 Fn. 2.

<sup>32</sup> J. BAUMANN/U. WEBER/W. MITSCH (o. Fn. 2) Randnr. 52.

<sup>33</sup> S. etwa DE ROBERTIS 1987, 8 ff. Ältere Nachweise bei NAGLER 148 Fn. 1.

<sup>34</sup> M. KASER: *Das altrömische Ius* (Göttingen 1949) 42 ff.; CANTARELLA 1991, 296 ff.; R. FIORI: *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa* (Napoli 1996).

für Körperverletzungen das Talionsprinzip.<sup>35</sup> Ulpian D. 50,16,131pr. definierte die *poena* als *noxae vindicta*, d. h. als Rache für die schädigende Handlung.<sup>36</sup> Gleiche Bedeutung hat z. B. der Ausdruck *ulcisci*, *ultio* ‚Rache‘ (vgl. u. Fn. 207).

In der Neuzeit definierte HUGO GROTIUS (1583-1645) die Strafe als ein *malum passionis quod infligitur ob malum actionis*:<sup>37</sup> ein fast so berühmtes Wort wie das einleitend von Seneca zitierte. Vom Vergeltungsprinzip ging damit auch Grotius aus, jedoch in weitaus milderem Sinne als später Kant und Hegel. Nach Grotius muss die Strafe nämlich immer zugleich auch Nutzen bringen. Oberste naturrechtliche Aufgabe des Strafens ist nach ihm die Besserung des Täters und die Warnung an andere Menschen; ihnen soll verdeutlicht werden, dass das Erleiden der Strafe den Nutzen eines Verbrechens überwiegt. – Dass noch unser Wort „Strafe“ etwas mit „Leiden“ zu tun hat,<sup>38</sup> würde besonders einleuchten, wenn sich eine etymologische Verwandtschaft mit „Strapaze“ nachweisen ließe.<sup>39</sup>

## V. Der Abschreckungsgedanke

1. Der Abschreckungsgedanke als Strafzweck begegnet in den römischen Rechtsquellen relativ häufig. Die einschlägigen Text mit *detertere* werden wir alsbald vorführen.<sup>40</sup> „Aus Furcht vor Strafe“ (*metu poenae*) ist dafür eine

<sup>35</sup> Gaius 3,223 = Inst. 4,4,7. Ansonsten kommt das Wort *talio* samt Derivaten merkwürdigerweise in den römischen Rechtsquellen nicht vor. In der Spätantike wird das Talionsprinzip wiederbelebt, s. u. IX 10, Fn. 205, auch Fn. 84. Zahlreiche das Talionsprinzip ausdrückende deutsche Rechtssprichwörter bringen E. GRAF/M. DIETHERR: *Deutsche Rechtssprichwörter* (1869/1979) 336 ff., z. B. Leib für Leib, Glied für Glied, Blut für Blut, Bahre gegen Bahre.

<sup>36</sup> Nach NAGLER 144 f. die einzige, berühmte und zugleich programmatische römische Definition der Strafe, von bedeutendem Einfluss auf späteres kirchliches und weltliches Recht; von BARTOLUS auch *vindicta publica* genannt. Zur Etymologie von *vindicta* etwa Günther I 6 Fn. 9.

<sup>37</sup> GROTIUS, zu Beginn seines ausgedehnten Kapitels *De poenis*, in: *De jure belli ac pacis*, Liber II Caput XX § 1 1. Benutze Ausgabe mit Kommentar beider *Cocceii* tom. III (Lausanne 1759). Dazu G. SIMSON: *Hugo Grotius und die Funktion der Strafe*. Festschr. G. Blau (1985) 651 ff.

<sup>38</sup> Insbesondere soweit (wie die Körperstrafen) mit Schmerzen verbunden, vgl. unten Fn. 194.

<sup>39</sup> CHR. GELLINEK: Was heißt strafen?, *ZRG germ. Abt.* 118 (2001) 385 f. Weit Hinw. bei F. KLUGE/E. SEEBOLD, *Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache* (23. Aufl. Berlin 1999) s. v.

<sup>40</sup> Callistrat D. 48,19,28,15: *ut conspectu deterreantur alii ab isdem facinoribus*; Ulpian D. 48,19,6,1: *ut exemplo deterriti minus delinquant*; Tryphonin D. 16,3,31pr.: *ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit*; Diokletian C. 9,20,7,1: *ut poenae genere deterri ceteri possint*. – „Eingeschüchtert“ bedeutet *deterritus* hingegen in D. 43,24,1,11 (*armis forte*); D. 43,16,3,6; D. 4,6,2,1 (*supervacua timore deterriti*).

## Die Zwecke von Buße und Kriminalstrafe nach römischen Rechtsquellen – 423

gleichbedeutende, fast feststehende Ausdrucksweise.<sup>41</sup> Ein verallgemeinerungs-fähiges Beispiel bietet Ulpian's Ediktslaudation zum Verbot des Prätors, einen vor Gericht Geladenen gewaltsam am Erscheinen zu hindern:<sup>42</sup> „Dieses Edikt erließ der Prätor, um durch Furcht vor Strafe diejenigen abzuschrecken (*ut metu poenae compesceret eos*), welche vor Gericht Geladene gewaltsam zurückhalten“ (D. 2,7,1 pr.).

2. Wie man mit Hilfe des Strafzwecks überzeugend argumentieren kann, zeigt Paulus für das *pactum de non petendo* über eine Privatstrafe in einem wenig behandelten Text:

D. 2,14,27,4 (Paulus *libro tertio ad edictum*): Pacta, quae turpem causam continent, non sunt observanda: veluti si paciscar ne furti agam vel iniuriarum, si feceris: *expedit enim timere furti vel iniuriarum poenam*. Sed post admissa haec pacisci possumus. Item ne experiar interdicto unde vi, quatenus publicam causam contingit, pacisci non possumus. Et in summa, si pactum conventum a re privata remotum sit, non est servandum...

(Paulus im 3. Buch zum prätorischen Edikt): „Vereinbarungen, die einen sittenwidrigen Zweck enthalten, sind nicht zu beachten; zum Beispiel wenn ich vereinbare, dass ich nicht wegen Diebstahls klagen werde oder wegen Personenverletzung, falls du (eine solche Tat) begehen solltest. Es ist nämlich zweckdienlich, die Buße wegen Diebstahls oder wegen Personenverletzung fürchten (zu müssen). Aber nach einem begangenen Delikt können wir dies vereinbaren. Ebenso wenig können wir vereinbaren, dass ich nicht aus dem Interdikt ‚Von wo mit Gewalt‘ klagen werde, weil insoweit das öffentliche Interesse berührt wird. Überhaupt ist eine Vereinbarung unbeachtlich, soweit sie über den privaten Bereich hinausgeht...“

a) Durch Vereinbarung mit einem Mitmenschen kann man nicht erreichen, dass man ihn künftig straflos schädigen kann. Der auf die Buße Verzichtende würde rechtlos gestellt. Es ist zweckdienlich, sagt Paulus (*expedit*), dass man die Buße wegen Diebstahls oder wegen Ehr- und Körperverletzung fürchten muss. „Strafe muss sein“: Hier gewinnt der volkstümliche Spruch rechtliche

---

<sup>41</sup> *Sine metu poenae* Ulpian D. 19,2,54,1 (ohne Furcht vor dem Verfall einer Vertragsstrafe); ähnlich Papinian D. 35,1,71,1 (aus Furcht vor Vertragsstrafe wegen Verlöbnißbruchs: unklagbar entsprechend § 1297 Abs. 2 BGB); *metu alicuius poenae* Sev./Ant. C. 3,26,2 von 207 (Selbstmord aus Furcht vor irgendeiner Strafe), vgl. WACKE, SZ 97 (1980) 68; S. PULIATTI, *Il de iure fisci di Callistrato* (Milano 1992) 185; ebenso *futurae poenae metu* Diocl. C. 6,22,1,2 (290). Zum Verzicht auf die *actio iniuriarum* D. 47,10,11,1: *aequitas actionis omne metum eius abolere videtur*. Wegen der Billigkeit der Klage gilt jede Furcht des Beleidigers vor der Buße als beseitigt.

<sup>42</sup> Einzelheiten bei M. KASER/K. HACKL: *Das römische Zivilprozessrecht* (2. Aufl. 1996) § 30 m. Fn. 51.

Relevanz. Die Furcht vor der Deliktsbuße soll potentielle Täter zu rechtmäßigem Verhalten hinlenken und mögliche Opfer schützen. Zwar kann man auf Vorteile grundsätzlich verzichten. Vor dem Eintritt eines möglichen Schadens aus künftigem deliktischen Verhalten kann der Verzichtende dessen Ausmaß aber gar nicht abschätzen. Ein Verzicht widerspräche darum geradezu dem Wesen der Deliktsbuße; er wäre gewissermaßen *contra naturam poeni*. Dieser Gedanke ist unvergänglich. Er lebt fort in der Regel *Pactum de dolo non praestando non est servandum*, als solcher kodifiziert in § 276 Abs. 3 BGB. Paulus handelt von privaten Deliktsbußen, des weiteren vom Interdikt gegen Gewaltanwendung. Für kriminelle Strafen gilt dies erst recht, da sie über den privaten Rechtsgüterschutz hinausgehen. Da sie an den Fiskus fließen, ist das künftige Opfer zu einem Verzicht auf sie gar nicht legitimiert. Die Einwilligung in eine Körperverletzung ist jedenfalls bei Verstoß gegen die guten Sitten unbeachtlich.

Bei bereits eingetretenem Schaden treffen diese Bedenken nicht zu. Der (erwünschte) Abschluss eines Sühnepakts zur Abwendung eines Bußprozesses (im Wege später sogenannter *compositio*) war schon in altrömischen Bußbestimmungen vorgesehen.<sup>43</sup>

b) Nach dem seit dem 13. Jahrhundert in den oberen Ständen verbreitet gewesenen eigentümlichen Institut der Ehrenverpfändung zur Bekräftigung eines Treuegelöbnisses durfte bei dessen Nichterfüllung der Begünstigte den Wortbrüchigen durch öffentliche Ehrenschele in Wort und Bild kränken. Der drohende Ehrenverlust durch die ausbedungene Befugnis, Schmähbriefe in Umlauf zu setzen und Schandgemälde öffentlich aufzuhängen, war zumal bei Parteien höheren Standes, gegen die die ordentliche Gerichtshilfe häufig versagte, ein gesellschaftliche äußerst wirksames Pressionsmittel.<sup>44</sup> Das römischrechtliche Verbot einer vorherigen (wenngleich bedingten) Einwilligung in eine Ehrenverletzung wurde insoweit offensichtlich nicht rezipiert. Eine für den Fall der Nichterfüllung etwa ausbedungene Befugnis, den Schuldner verprügeln oder gar ein Stück Fleisch aus seinem Körper schneiden zu dürfen (wie im Falle von Shakespeares „Kaufmann von Venedig“), verstieße aber gegen die guten Sitten.

3. Rechtsgeschäftliche Abmachungen über Strafen erörtert auch Gaius in Bezug auf Bürgschaften:

D. 46,1,70,5 (Gaius *libro primo de verborum obligatonibus*): Id quod volgo dictum est *maleficiorum fideiussorem accipi non posse* non sic intellegi debet, ut in poenam furti is, cui furtum factum est, fideiussorem

<sup>43</sup> *Ni cum eo pacit* beim *membrum ruptum* nach den Zwölftafeln 8,2. Zum Verzichtspaktum oder Vergleich über die *actio iniuriarum* D. 47,10,11,1.

<sup>44</sup> W. BRÜCKNER, Art. Ehrenverpfändung, HRG I (1971) 853 f.; DERS., Art. Schandbilder, HRG IV (1990) 1349 ff.; R.-E. MOHRMANN, Art. Schmähen und Schelten, ebenda 1451 ff.

accipere non possit (nam poenas ob maleficia solvi magna ratio suadet), sed ita potius, ut qui cum alio cum quo furtum admisit, in partem, quam ex furto sibi restitui desiderat, fideiussorem obligare non possit, et qui alieno hortatu ad furtum faciendum proventus est, ne in furti poena ab eo qui hortatus est fideiussorem accipere possit. in quibus casibus illa ratio impedit fideiussorem obligari, quia scilicet in nullam rationem adhibetur fideiussor, cum flagitiosae rei societas coita nullam vim habet.

(Anstelle einer Übersetzung gebe ich hier einen inhaltlichen Bericht): Das *vulgo dictum*, wegen Übeltaten dürften keine Bürgen genommen werden, sei nicht etwa so zu verstehen, dass ein Bestohler wegen der (verfallenen) Diebstahlsbuße keinen Bürgen annehmen könne. Denn dass Bußen wegen Missetaten bezahlt werden müssen, suggeriere die hohe Vernunft (d. h. dafür gibt es gute Gründe). [Also dürfen für deren Zahlung auch Sicherheiten bestellt werden.] Vielmehr darf, wer mit einem anderen (gemeinschaftlich) einen Diebstahl verübte, für den begehrten Teil an der Beute keinen Bürgen verbindlich machen. Ebenso wenig kann, wer von einem anderen zur Begehung eines Diebstahls angestachelt wurde, zwecks Schadloshaltung der ihn treffenden Buße einen Bürgen annehmen. In diesen Fällen verhindert jener Grund die Entstehung einer Verpflichtung des Bürgen, dass er zu keinem (klagbaren) Rechtsverhältnis hinzugezogen wurde, da eine zu schändlichem Zweck eingegangene Gesellschaft kraftlos ist.

Kommentar: Zugunsten des Geschädigten zur Sicherung der verfallenen Deliktsbuße eingegangene Bürgschaften sind gültig. Für Abmachungen unter Missetätern selber kann man sich zu deren Gunsten hingegen nicht verbürgen, weil sie gegen die guten Sitten verstoßen. Nur für erlaubte Zwecke kann man eine Gesellschaft eingehen.<sup>45</sup> Die Gültigkeit oder Nichtigkeit einer *fideiussio* folgt damit einfach aus ihrer Akzessorietät. Im dritten von Gaius gebildeten Beispielsfall, der vom Anstifter gestellten Schadlosbürgschaft für eine künftig eventuell verfallende Deliktsbuße, steckt aber noch tieferer Sinn. Die gleiche Konstellation hätten wir im modernen Recht, falls einem angestellten Berufskraftfahrer sein Arbeitgeber etwaige Verwarnungs- oder Bußgelder wegen Verkehrsübertretungen erstatten würde. Schon die generalpräventive Wirkung des zivilen Haftungsrechts wurde infolge der (wegen der hohen

---

<sup>45</sup> Weitere Quellen hierzu bei J. HERNANDO LERA: *El contrato de sociedad* (Madrid 1992) 157 ff. Abweichend von den römischen Rechtsquellen scheiden wir heute schon begrifflich das Schmieden eines verbrecherischen Komplotts von der „Gesellschaft“ (*societas*) aus. Bei Abmachungen unter Schurken zieht der Staat sich zurück. Dass sie rechtlich nicht erzwingbar sind, ist Grundvoraussetzung für eine Bekämpfung der Bandenkriminalität. – Bei Glücksspielen gingen die Römer noch einen Schritt weiter und versagten den Rechtsschutz sogar dann, wenn es (was naheliegt) anlässlich von Würfelspielen zu handgreiflichen Auseinandersetzungen und Körperverletzungen kam.

Schadenspotentiale unverzichtbaren) Haftpflichtversicherungen erheblich gemindert.<sup>46</sup> Strafrechtliche Sanktionen würden gänzlich illusorisch, falls sie den Verantwortlichen nicht persönlich treffen würden. Es wäre grotesk, könnte der Anstifter sagen: „begehe den Diebstahl auf meine Gefahr“. Die Abschreckungsfunktion der Diebstahlsbuße wäre hinfällig. Der Täter bräuchte sie (wie im vorigen Text des Paulus) nicht mehr zu fürchten.<sup>47</sup>

4. Abschreckung und Vergeltung nennt der spätere Klassiker Claudius Tryphoninus als Strafzwecke nebeneinander:<sup>48</sup>

D. 16,3,31pr. (Tryphoninus *libro nono disputationum*): Bona fides, quae in contractibus exigitur, aequitatem summam desiderat. Sed eam utrum aestimamus ad merum ius gentium, an vero cum praeceptis civilibus et praetoriis? Veluti reus capitalis iudicii deposuit apud te centum: is deportatus est, bona eius publicata sunt: utrumne ipsi haec reddenda an in publicum deferenda sint? Si tantum naturale et gentium ius intuemur, ei qui dedit restituenda sunt: si civile ius et legum ordinem, magis in publicum deferenda sunt: *Nam male meritis publice, ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet.*

(Tryphonin im 9. Buch seiner Erörterungen): „Die bei Verträgen geforderte gute Treue strebt nach höchster Billigkeit. Ob wir sie aber nach reinem Völkergemeinrecht beurteilen (sollen), oder eher mitsamt den zivilrechtlichen und prätorischen Anordnungen? Ein wegen eines Kapitalverbrechens Angeklagter hinterlegte beispielsweise bei dir hundert(tausend Sesterzen). Er wurde verbannt, sein Vermögen eingezogen: Ob ihm selbst diese (hundert) zurückzugeben – oder sie an den Fiskus abzuführen sind? Wenn wir allein auf das Natur- und Völkergemeinrecht abstellen, müssten sie dem Hinterleger zurückgewährt werden; wenn (jedoch) auf das bürgerliche Recht und die

<sup>46</sup> In der ehemaligen UdSSR waren Verkehrshaftpflichtversicherungen aus diesem Grunde nicht zugelassen. Bei uns büßt der Versicherte (außer bei Vorsatz) bloß seinen Schadensfreiheitsrabatt ein. S. den Sammelband, hrsg. von CL. OTT/H. B. SCHÄFER, Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen (Tübingen 1999); weiter C. SCHÄFER: Strafe und Prävention im bürgerlichen Recht, *AcP* 202 (2002) 398 ff.

<sup>47</sup> Dass nach verübter Tat eine verfallene Strafe besonders bei Insolvenz des Täters, um dessen körperliche Züchtigung als Ersatzstrafe abzuwenden, aus Solidarität von einem Dritten abgelöst werden darf (unten Fn. 194), steht nicht entgegen.

<sup>48</sup> Zur Stelle existiert reiche Literatur: etwa R. VOGGENSPERGER, Der Begriff des ius naturale (Basel 1952) 53 f.; P. CERAMI: Ordo legum e iustitia in Claudio Trifonino, *Annali Palermo* 40 (1988) 5 ff., 15 ff.; besonders ausführlich R. BRUNO SIOLA: Variazioni pregiustinianee al principio classico "Depositum ei qui dedit reddendum est", in: *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano II* (Milano 1990) 183-224 (zu Cerami dort die postilla S. 242-249); beide italienische Abhandlungen wurden von den beiden späteren Arbeiten nicht rezipiert, nämlich M. KASER: *Ius gentium* (Köln u. a. 1993) 121 f. und R. KNÜTEL: *Zum Pflichtenkonflikt des Verwahrers*, *Mélanges F. Sturm I* (Lausanne/Liège 1999) 239, 245 f.

gesetzliche Ordnung, sind sie eher an die Staatskasse abzuführen. Denn wer (die Zufügung) eines öffentlichen Übels verdient,<sup>49</sup> damit durch sein Beispiel die anderen von Missetaten abgeschreckt werden, der muss auch bittere Armut leiden.“

Angesichts der für das klassische römische Recht charakteristischen unterschiedlichen Rechtsschichten *ius civile*, *ius honorarium*, *ius gentium* und *ius naturale*<sup>50</sup> fragt Tryphonin nach deren Vorrang bei der Auslegung von Verträgen. Die meisten Kontrakte richten sich nach *ius gentium* und werden von der *bona fides*, der Pflicht zum Worthalten regiert, welche die höchste Fallgerechtigkeit (*summa aequitas*) erstrebt. In Konflikt gerät die Pflicht, dem Vertragspartner gegenüber Wort zu halten, in dem von Tryphonin gebildeten Beispielsfall, dass der eines Kapitaldelikts Angeklagte eine Geldsumme (etwa bei einer Bank) in Verwahrung gibt und daraufhin zu lebenslänglicher<sup>51</sup> Verbannung mitsamt Vermögensverlust bestraft wird. Isoliert nach *ius gentium* und *ius naturale* beurteilt, müsste das dem Deponenten gegebene Rückzahlungsversprechen auch noch zugunsten des inzwischen Verurteilten gelten, meint Tryphonin. Anders als zu Zwangsarbeit *in metalla* Verurteilte<sup>52</sup> wird ein Verbannter nicht versklavt. Nach dem für Peregrine zuständigen *ius gentium* behält er seine Vermögensfähigkeit;<sup>53</sup> deshalb könnte sein Rückzahlungsanspruch für ihn fortbestehen.

Das *ius civile* und die Gesetzesbefehle geböten jedoch eher (*magis*) die Abführung an die Staatskasse. Gegen dieses Strengrecht kann man sich verständlicherweise nicht auflehnen, schon gar nicht als zur Rechtswahrung verpflichteter Jurist. Die *inter partes* einzuhaltende Vertragstreue wird von der positiven Rechtsordnung begrenzt und gilt nur innerhalb des von ihr als *ius cogens* gesteckten Rahmens. Besonders im Strafrecht herrscht der *rigor iuris*.

---

<sup>49</sup> *Male meritis publice*: HEUMANN/SECKEL: *Handlexikon*, s. v. *mereri*. Zu frei übersetzt von F. SALERNO, *Dalla consecratio alla publicatio bonorum* (Napoli 1990) 213, von SPRUIT (1996), von BEHREND/KNÜTEL/KUPISCH/SEILER (1999) und KNÜTEL (vorige Fn.). Vgl. unten Fn. 54.

<sup>50</sup> Dazu überblicksweise TH. MAYER-MALY: *Partes iuris*, in: Cairns/Robinson (Hrsg.), *Essays A. Watson* (2001) 103 ff.; A. WACKE, in: *Iurisprudentia universalis*, Festschr. Mayer-Maly (2002) 823 f.

<sup>51</sup> Bei zeitlich befristeter Relegation durfte das Vermögen weder ganz noch zum Teil konfisziert werden: Papinian D. 49,14,39pr. Hiergegen verstößende Verurteilungen wurden in Kaiserreskripten kritisiert, sollten aber nicht umgestoßen werden: Ulpian D. 48,22,7,4.

<sup>52</sup> Ein zu Bergwerksarbeit Verurteilter wird nach Antoninus Pius „eher zum Sklaven der Strafe als des Fiscus“; außer Vermächtnissen zum notwendigen Lebensunterhalt kann er auch dem Fiscus nichts von Todes wegen erwerben: D. 34,8,3pr.; 49,14,12. Er ist *servus sine domino* oder *servus nullius*: V. MAROTTA: *Multa de iure sanxit* (Milano 1988) 344; H. WIELING, *Die Begründung des Sklavenstatus*, in: J. M. Rainer (Hrsg.), *Corpus der römischen Rechtsquellen zur antiken Sklaverei I* (Stuttgart 1999) 18 f.

<sup>53</sup> D. 48,19,17,1. Allerdings nur zum Neuerwerb nach seiner Verurteilung; und auch das danach erworbene Vermögen fällt mit seinem Tode ebenfalls an den Fiskus: D. 48,22,15pr.; 48,20,7,5.

Tryphonin entscheidet seine Ausgangsfrage jedoch nicht generell, sondern er greift zu einer persuasiven kriminalpolitischen Begründung für den gebildeten Beispielsfall (damit verschiebt er die Argumentationsebene): Wer zur Abschreckung für Andere exemplarisch bestraft wird,<sup>54</sup> der müsse auch „am Hungertuche nagen“, ein kümmerliches Dasein fristen (*egestate laborare*), der dürfe sich nur noch kärglich ernähren.

Zwecks Lösung des relativ einfachen Sachverhalts greift Tryphonin zu einer bemerkenswert aufwendigen Begründung. Die Argumentation könnte schlichter ausfallen, indem man sagt: Die Vermögenskonfiskation ist eine Art Universalsukzession;<sup>55</sup> demzufolge ergreift sie auch Ansprüche des Verurteilten gegen Dritte. Auch Geldkonten müssen daher (wie bei einer Beschlagnahme im Konkurs) der Konfiskation unterfallen.<sup>56</sup> Wie im Falle einer Entmündigung wird dem zur Deportation Verurteilten die Verfügungsmacht über sein Vermögen entzogen. Nach der Konfiskation ist er darum für die Rückzahlung der deponierten Geldsumme nicht mehr legitimiert (nicht mehr empfangszuständig). Für Forderungen des Enteigneten entspricht die Konfiskation einer hoheitlich-zwangsweise auferlegten Zession. Tryphonins Begründungsaufwand bestätigt indessen, dass den römischen Juristen die Vorstellung einer Rechtsnachfolge in Forderungen Schwierigkeiten bereitete.<sup>57</sup>

Einer drohenden Konfiskation kann man sich auch nicht dadurch entziehen, dass man Teile seines Vermögens Dritten in Obhut gibt oder treuhänderisch übereignet. Der Angeklagte darf sich kein solches Schlupfloch offen halten; der

<sup>54</sup> Die Bestrafung (als Zufügung eines *malum publicum*) bezweckt nach Tryphonins Ausdrucksweise als solche schon die Abschreckung (genau übersetzt); so richtig SPRUIT (1999). Das Erleiden von Not und Hunger bildet die darin eingeschlossene Folge zwecks Vergeltung, dient aber für sich genommen nicht zusätzlich der Abschreckung; so allerdings die Übersetzungen von OTTO/SCHILLING/SINTENIS (1832) und BEHREND/KNÜTEL (o. Fn. 48). Schon gar nicht sind die Entbehnungen (die *egestas*) gewissermaßen eine „Zusatzstrafe“ (pena „accessoria“); so freilich BRUNO SIOLA (Fn. 48) S. 215. Dass der Verbannte in seiner Einsamkeit Not leiden soll, fließt aus dem Vergeltungsgedanken, wirkt aber auf die Allgemeinheit weniger abschreckend; denn dies müssen nicht so viele Personen mit ansehen, wie beim öffentlich verhandelten Strafprozess und der Urteilsverkündung anwesend waren.

<sup>55</sup> Entgegen dem Grundsatz *Nulla hereditas viventis* ist die Konfiskation eine Art „Beerbung bei lebendigem Leibe“. Als Urteilsfolge der Verbannung rückt sie in die Nähe zum „bürgerlichen Tod“, obgleich der Verbannte seine Rechtsfähigkeit und den Peregrinenstatus behält. Vgl. E. L. GRASMÜCK: *Exilium: Untersuchungen zur Verbannung* (Paderborn 1978) 65 f. (Die Rechtsquellen der Kaiserzeit behandelt GRASMÜCK leider nicht). – Nach dem leiblichen Tode des Verbannten darf nicht einmal sein Leichnam ohne kaiserliche Erlaubnis zwecks Bestattung anderswohin (etwa nach Rom) überführt werden. Seine Strafe geht über den Tod hinaus (*poena etiam post mortem manet*): D. 48,24,2.

<sup>56</sup> So wie bei Dritten deponiertes Geld auch der Pfändung zugunsten einzelner Gläubiger unterliegt: D. 42,1,15,12 (Fall 1); W.-R. VON DER FECHT: *Die Forderungspfändung im römischen Recht* (Köln u. a. 1999) 64 ff.; A. WACKE: *Pecunia in arca*, OIR 8 (2003) sub VI.

<sup>57</sup> Nur mittels Hilfskonstruktionen (wie Delegation oder Einziehungsermächtigung) ließ sich ein der Zession ähnlicher Effekt erzielen; s. A. WACKE: Übertragbarkeit des iuris vinculum mittels Zession? in: *Iuris vincula, Studi M. Talamanca VIII* (Napoli 2001) 333 ff.



## Die Zwecke von Buße und Kriminalstrafe nach römischen Rechtsquellen – 429

Verlust seines Vermögens war voraussehbar.<sup>58</sup> Eine effiziente Konfiskation muss vollständig, lückenlos sein. Eine Umgehung ist nicht hinnehmbar. Das naheliegende Argument einer *fraus legis* erwähnt Tryphonin jedoch auffallenderweise ebenfalls nicht.<sup>59</sup>

Für schlagkräftig hält Tryphonin jedoch das Argument, einem Angeklagten, der verdienstermaßen zur Abschreckung Anderer zur Deportation verurteilt wurde, geschehe es recht, wenn er dort auch an Hunger und Entbehrung leiden müsse. Auch das *malum passionis* eines kümmerlichen Lebensstandards gehört zur Strafe im Sinne ihrer Definition durch Hugo Grotius, nämlich als Vergeltung (oben IV). Um in den Genuss der Belassung des Notbedarfs (des *beneficium competentiae*) zu gelangen, muss man sich dessen als würdig erweisen,<sup>60</sup> insbesondere unverschuldet in Not geraten sein. Wegen eines Verbrechens Verurteilte haben das Gegenteil verdient.<sup>61</sup> Tryphonins Begründung, dass Deportierte kein Recht haben, ihr Leben in der Verbannung üppig in Saus und Braus zu genießen, ist eine generell auf den Zweck der Konfiskation rekurrierende Erwägung im Interesse möglicher Effizienz dieser Strafe. Von diesem suggestiven Argument lassen sich Laienrichter gefühlsmäßig beeindrucken. Dies ist aber keine stringent auf den zu entscheidenden Fall bezogene Begründung, dass der Strafzweck nicht durch ausgeklügelte Manipulationen umgangen werden darf. Die rhetorischen Fragen und die ausholende, aber den Kern nicht treffende Argumentation kennzeichnet Tryphonins Fragment als einen Schultraktat, wie sie für das gesamte Werk seiner „Erörterungen“ (*disputationes*) charakteristisch sind.<sup>62</sup>

Außer der ausdrücklich erwähnten Generalprävention betont Tryphonin damit am Schluss des Fragments auch die Vergeltungsfunktion der zur Strafe verhängten Vermögenskonfiskation.<sup>63</sup> Die von Tiberius angeordnete

---

<sup>58</sup> In den meisten Fällen wohl auch für den Depositär als Vertragspartner. Dann wurde er zum Komplizen des Umgehungsgeschäfts. – Freilassungen eines Angeklagten waren ungültig, wenn er mit seiner Verurteilung zu Deportation und Vermögensverlust rechnen musste: D. 40,1,8,2; 40,9,15pr.; V. MAROTTA (o. Fn. 52) 341 f.; BRUNO SIOLA 215 ff. Ansonsten behielt der Angeklagte seine Verfügungsmacht bis zu seiner Verurteilung, D. 48,20,2. In *fraudem fisci* veräußertes Gut wurde nach seiner Verurteilung zurückgefordert: D. 48,20,11,1. Freilassungen hätten aber (wegen des *favor libertatis*) nicht rückgängig gemacht werden können. Den Verlust der Verfügungsmacht schon mit der Anklageerhebung eintreten zu lassen (was zweckmäßig gewesen wäre), wäre wohl unvereinbar mit der Unschuldsumutung gewesen. Sie ergibt sich beispielsweise (noch während schwebender Appellation) aus D. 28,3,8-9.

<sup>59</sup> Die einschlägigen Monographien zur *fraus legis* von O. BEHREND (1982) und L. FASCIONE (1983) behandeln den Fall darum auch nicht.

<sup>60</sup> A. WACKE, Antikes im modernen Zivilprozess, OIR 3 (1997) 68, 94 f.

<sup>61</sup> Schon aus privaten Deliktssklagen Verurteilte genossen nicht das Privileg, keinen Mangel leiden zu müssen (*ne egeat*: D. 50,17,137pr.; 42,1,19,1; dazu WACKE, SDHI 60, 1994, 475 Fn. 16). Vgl. u. Fn. 72 f.

<sup>62</sup> S. die treffsichere Gesamtbeurteilung von Werk und Methode durch D. LIEBS in: Herzog/Schmidt (Fn. 9) S. 216.

<sup>63</sup> Der Text enthält beide Aspekte der Strafe; zutreffend (abweichend von der Mehrzahl der

Konfiskation des gesamten Vermögens Deportierter bildete allerdings nicht die Regel; oft begnügte man sich mit der Hälfte<sup>64</sup> – auch (um eine Sippenhaft zu vermeiden) im Interesse der unschuldigen, vermögenslosen Kinder.<sup>65</sup> Deportierte konnten selber nichts von Todes wegen erwerben (weder durch Erbeinsetzung noch durch Vermächtnis oder Fideikommiss); Antoninus Pius gestattete jedoch gnadenhalber, ihnen letztwillig die nötigen Mittel zum Unterhalt zu hinterlassen (*quae ad victum aliosque usus necessarios sufficient*).<sup>66</sup> Auch wurden ihnen Zehrgelder für Reise und Aufenthalt (*viaticum, pannicularia*), darunter sogar Sklaven zu ihrer Bedienung, aus ihrem Vermögen zugestanden.<sup>67</sup>

5. Zur Belassung des notwendigen Lebensbedarfs im Hinblick auf den Strafzweck der Konfiskation äußert sich auch Paulus in einem wenig beachteten kurzen Text:

D. 24,3,36: (Paulus *libro secundo de adulteris*): Si maritus minus facere potest et dos publicata sit, in id quod facere potest fisco maritus condemnandus est, *ne in perniciem mariti mulier punita sit*.  
 „Wenn der Ehemann zahlungsschwach ist und die Mitgift konfisziert wurde, ist der Mann dem Fiskus in soviel zu verurteilen, wieviel er leisten kann, damit die Frau nicht zum Verderben des Mannes gestraft werde.“

Eine wegen schwerer Gewaltverbrechen, Giftmord oder Majestätsbeleidigung verurteilte Ehefrau büßte kraft Gesetzes ihre Mitgift zugunsten des Fiskus ein.<sup>68</sup> Ein auf Dosrückgabe verklagter Ehemann haftete normalerweise nur beschränkt unter Vorbehalt des eigenen Notbedarfs, da die

---

Interpretieren, vgl. o. Fn. 49) BRUNO SIOLA S. 213.

<sup>64</sup> D. 48, 22, 4; MOMMSEN: *Strafrecht* 1009 Fn. 3, 1010 Fn. 5.

<sup>65</sup> D. 48,20,1,1-3; 48,20,7,3. Denn das Vergehen oder die Bestrafung des Vaters darf das Ansehen des Sohnes nicht beflecken (*nullam maculam filio infligere postest*), D. 48,19,26. W. WALDSTEIN: *Das Schicksal der Forderungen unschuldiger Dritter im Falle einer publicatio bonorum*, Index 3 (1972) 344 ff.; A. WACKE, SZ 97 (1980) 52 f. – Bei Majestätsverbrechen schritt man allerdings zu finanzieller Sippenhaft, um auch den Nachkommen die Mittel zu staatsfeindlicher Betätigung dauerhaft zu entziehen: H. M. LENZ: *Privilegia fisci* (Pfaffenweiler 1994) 45 f. NAGLER 151 f. sah darin (mit fraglichem Recht) „eine reine Sicherungsmaßnahme ohne Strafcharakter“. Die Mitbestrafung von Verwandten (ansonsten charakteristisch für totalitäre Staaten) begegnet häufiger in der Spätantike; zahlreiche Belege aus dem Codex Theodosianus bei BRUNO SIOLA 215. Töchtern beließ Gratian CTh. 9,42,8,3 (von 380 n. Chr.) ein Viertel von der mütterlichen Erbschaft; wegen ihrer weiblichen Schwäche vertraute man auf geringere umstürzlerische Neigungen ihrerseits.

<sup>66</sup> D. 48,22,16 i.f. Ebenso D. 34,1,11 sowie (*e contrario*) D. 34,8,3pr.; R. ASTOLFI: *Studi sull'oggetto dei legati III* (Padovva 1979) 120 ff.

<sup>67</sup> D. 48,20,6; MOMMSEN S. 1010.

<sup>68</sup> D. 48,20,3. Die enumerative Aufzählung war nach MOMMSEN, *Strafrecht* 1010 Fn. 3 ein mit der Deportation verbundenes Frauenprivileg.

normalerweise nur beschränkt unter Vorbehalt des eigenen Notbedarfs, da die Frau während des familiären Zusammenlebens am Lebensstandard und dafür verbrauchten Familienvermögen partizipierte. Dieses Privileg des *beneficium competentiae* geht dem Manne bei Konfiskation der Mitgift nach Paulus nicht verloren. Das ließe sich (wie im Falle Tryphonins) auch hier damit begründen, dass der Fiskus Rechtsnachfolger der mit Konfiskation bestraften Person ist. Darum dürfen dem Fiskus hier keine größeren Rechte zustehen als der an sich rückforderungsberechtigten Frau. Deshalb bleiben die üblichen Abzüge von der Mitgift (*retentiones ex dote*) dem Manne (vor allem zwecks Versorgung der bei ihm bleibenden Kinder, *propter liberos*) auch dem Fiskus gegenüber erhalten.<sup>69</sup> Auf die naheliegend scheinende Konstruktion dieser Beschlagnahme als einer zwangsweise auferlegten Zession rekurriert Paulus hier jedoch ebenso wenig wie zuvor Tryphonin. Stattdessen argumentiert Paulus überzeugend, die straffällig gewordene Ehefrau dürfe nicht zum Verderben ihres unschuldigen Mannes gestraft werden (*ne in perniciem mariti mulier punita sit*).<sup>70</sup> Allein den Schuldigen zu bestrafen, ist ein Gebot der Humanität.<sup>71</sup> Nur dass die schuldige Frau am untersten Rand des Existenzminimums dahindarbt (*egestate laborat*, i. S. v. Tryphonin), liegt innerhalb des Strafzwecks.<sup>72</sup> Versagt wird die Einrede des Notbedarfs darum konsequent bei Ansprüchen, die einem Delikt entspringen (wie bei Entwendungen in Zueignungsabsicht), weil der Schuldige dann (auch) gestraft werden soll.<sup>73</sup> Aber: „Die Bestrafung des einen darf nicht anderen zum Schaden gereichen,“ so ließe sich die Aussage des Paulus verallgemeinern. Strafen dürfen nur den Täter persönlich treffen. Paulus urteilt damit konsequentermaßen hier zu Lasten des Fiskus, Tryphonin hingegen zuvor zu dessen Gunsten.

6. Der generalpräventive Abschreckungszweck ergibt sich am deutlichsten (verbunden mit einer gewissen Satisfaktion für die hinterbliebenen Angehörigen) aus der Begründung für die den Wegelagerern und

---

<sup>69</sup> Papinian D. 48,20,4. Statt *salvas, actiones* (interpoliert) lies *retentiones*.

<sup>70</sup> Der Fiskus kann es auch leichter verschmerzen, wenn er weniger Gewinn einstreicht, als der Ehemann, dessen Subsidien unter das Existenzminimum fielen. *Potior est qui certat de damno evitando quam qui de lucro captando*: WACKE, Juristische Arbeitsblätter 1989, 401 f.; DERS.: Verlustabwehr rangiert vor Gewinnstreben, SZ 118 (2001) 264 ff.

<sup>71</sup> F. SCHULZ: *Prinzipien des röm. Rechts* 138 f.

<sup>72</sup> Die Häftlinge in den Gefängnissen wurden nur kärglich von Staats wegen ernährt; zusätzlich durften (oder mussten) Angehörige sie versorgen: D. 42,1,34; E. VALINO: *Actiones utiles* (Pamplona 1974) 68; KRAUSE 1996, 279 ff. – In D. 9,2,29,7 verendet gepfändetes Vieh, weil Munizipalbeamte dem Eigentümer das Füttern verbieten: nicht unecht, anders noch WACKE, SZ 97 (1980) 75.

<sup>73</sup> D. 25,2,21,6; 42,1,20; A. WACKE: *Actio rerum amotarum* (Köln u. a. 1963) 67 ff.; J. GILDEMEISTER: *Das beneficium competentiae* (Göttingen 1986) 7 f.

Straßenräubern angedrohte geschärfte Todesstrafe der Kreuzigung oder der Tierhetze in folgendem berühmten Text des Spätclassikers Callistratus:<sup>74</sup>

D. 48,19,28,15 (Callistratus *libro sexto de cognitionibus*): Famosos latrones in his locis, ubi grassati sunt, furca figendos compluribus placuit, *ut et conspectu deterreantur alii ab isdem facinoribus et solacio sit cognatis et adfinibus* interemptorum eodem loco poena reddita, in quo latrones homicidia fecissent. Nonnulli etiam ad bestias hos damnaverunt. (Callistratus, im 2. Buch seiner „Erkenntnisse“): „Berüchtigte Straßenräuber sollen an den Orten, wo sie im Umhertreiben wüteten, ans Kreuz geschlagen<sup>75</sup> werden, wie es die meisten billigten, damit durch deren Anblick sowohl Andere von dergleichen Verbrechen abgeschreckt, als auch den Verwandten und Verschwägerten des Ermordeten dadurch, dass die Strafe am selben Ort gebüßt wird, wo die Straßenräuber ihre Mordtaten verüben, ein Trost zuteil werde. Manche verurteilten sie auch dazu, den wilden Tieren vorgeworfen zu werden.“

Zusammengerottete Banditen und Straßenräuber bildeten in der Antike wie im Mittelalter für den von Ort zu Ort reisenden Kaufmann eine lebensbedrohliche Gefahr und schwer auszurottende Landplage.<sup>76</sup> Dutzende berüchtigter *latrones*, *praedones* oder *grassatores* sind namentlich bekannt;<sup>77</sup> berühmt wie Robin Hood war Bulla Felix zur Regierungszeit von Septimius Severus, der von 205

<sup>74</sup> Dazu (mit besonderem Blick auf die Strafzwecke) R. BONINI: *I libri de cognitionibus di Callistrato I* (Milano 1964) 104 f.

<sup>75</sup> Nach der Digestenfassung wörtlich: am Galgen aufgehängt. Die in republikanischer Zeit besonders gegen Sklaven verhängte, qualvolle und demütigende Strafe der Kreuzigung wurde von Konstantin aus Verehrung für das Christentum verboten. In justinianischen Texten (so auch hier) wurde *crux* ersetzt durch *furca*, Galgen (eigentlich Gabel); s. BONINI 87 f. Fn. 19; SANTALUCIA 1998, 249 f.; D. LIEBS: *Römische Jurisprudenz in Africa* (Berlin 1993) 36. Zum Vollzug der Kreuzigung, der eine Geißelung vorausging, s. J. BLINZLER: *Der Prozess Jesu* (3. Aufl. Regensburg 1960) 263-281; GEBHARDT 86 ff.; E. CANTARELLA, in: F. Amarelli/F. Lucrezi (a cura di), *Il processo contra Gesù* (Napoli 1999) 211-227, m. Lit. S. 265 ff.; auch GORDON THOMAS: *Das Jesus-Urteil: Hintergründe eines politischen Mordes* (Berg. Gladbach 1989, aus dem Englischen) 288 ff. Entsprechend der INRI-Inschrift über dem gekreuzigten Christus konnte zur verstärkten Abschreckung ein Schild auf den Grund der Exekution verurteilter Verbrecher hinweisen. Schon auf dem Gang zum Richtplatz wurde dem Delinquenten eine Tafel umgehängt oder vorausgetragen, auf der der Grund seiner Verurteilung (die *causa poenae*) vermerkt war: BLINZLER 267.

<sup>76</sup> Die neuere Forschung beschäftigte sich mit dem Phänomen wiederholt, namentlich TH. GRÜNEWALD: *Räuber, Rebellen, Rivalen, Rächer* (Stuttgart 1999), zum Begriff *latrones*, zu ihrer Allgegenwart und den Versuchen zu ihrer Bekämpfung bes. S. 22 ff., 26 ff., weit Lit. dort S. 237 f.; adde S. MORGESE: *Taglio di alberi e latrocinium*, *SDHI* 49 (1983) 168 ff. Zu den Transportrisiken für den Geldverkehr s. WACKE, *Pecunia in arca*, *OIR* 8 (2003) sub I mit weit. Lit.-Nachw. Fn. 9 f. Zum analogen Phänomen des Seeräuber-Unwesens vgl. L. MONACO: *Persecutio piratarum*, 1996.

<sup>77</sup> Alphabetische Liste bei GRÜNEWALD 260 f. m. Hinw. auf die Schilderungen ihrer *vita* und *malefacta*.

bis 207 n. Chr. mit 600 Mann ganz Italien in Schrecken versetzte.<sup>78</sup> Von zahlreichen Opfern sind auch Grabstelen erhalten mit dem Vermerk: „umgebracht durch Räuberhand“ (*interfectus a latronibus*).<sup>79</sup> Auf die (hülflosen) Versuche zur Bekämpfung des Räuberunwesens ist am Schluss zurückzukommen (unten XI 3). Im Unterschied zum gewöhnlichen Vollzug der Todesstrafe durch Köpfen mit dem Schwert auf dem Schaffott<sup>80</sup> wird der Strafvollzug für diese Meuchelmörder hier verschärft. Nach überwiegender Ansicht verdienten sie (wie Callistrat mitteilt) am Orte des verübten Verbrechens ans Kreuz geschlagen zu werden. Der Anblick der Gekreuzigten solle nämlich sowohl Andere von dergleichen Schandtaten abschrecken als auch den Angehörigen der Ermordeten durch Strafverbüßung am selben Ort zum Trost gereichen. „Den meisten gefiel diese Ansicht“ (*compluribus placuit*), berichtet Callistrat: vermutlich bezieht er sich damit nicht (nur) auf Privatmeinungen von Juristen, sondern er referiert (wie auch sonst in seinen „Erkenntnissen“, *de cognitionibus*) über Kaiserkonstitutionen.<sup>81</sup> Nicht wenige (*nonnulli*) Magistrate ließen die Verurteilten aber auch zur „Lustjagd“ den wilden Tieren in der Arena vorwerfen.

Hinsichtlich der Auswahl der verwirkten Todesstrafe hatte der Gerichtsherr demnach ein Ermessen.<sup>82</sup> Die Verbüßung am Orte des *crimen commissum*<sup>83</sup> hat einen Anstrich von spiegelnder Strafe.<sup>84</sup> Das Wissen darum ist für die

---

<sup>78</sup> Nachdem er den Verfolgungen durch kaiserliche Truppen jahrelang entweichen konnte, wurde Bulla endlich dem Prätorianerpräfekt Aemilius Papinianus zur Aburteilung gegenübergestellt. Noch in der Gerichtsverhandlung zeichnete er sich laut Cassius Dio 76,10 durch Schlagfertigkeit aus. Dazu LANATA, RJ 6 (1987; s. u. Fn. 240) 301 f.; eingehend GRÜNEWALD 158 ff. und passim, bes. 169 f.

<sup>79</sup> GRÜNEWALD 38; K. W. WEEBER: *Alltag im alten Rom: Ein Lexikon* (3. Aufl. 1997) Art. Innere Sicherheit S. 189. Einmal begegnet der Ausdruck auch in D. 12,4,5,4.

<sup>80</sup> MOMMSEN: *Strafrecht* 924.

<sup>81</sup> LIEBS (Fn. 62) 212. Zum weitläufigen Begriff *cognitio* in diesem Sinne D. 50,13,5pr. Praxisnähe bescheinigt dem Callistrat BONINI aaO (Fn. 74).

<sup>82</sup> Vgl. D. NÖRR: *Rechtskritik in der römischen Antike* (München 1974) 130 f. Ihren Berichten über die regelmäßige Strafpraxis fügen die Spätclassiker danach öfters Hinweise auf Abweichungen hinzu (die auch als zurückhaltende Kritik verstanden werden können).

<sup>83</sup> Das ist eine (wohl nur hier bezeugte) Besonderheit des (späteren) Kaiserrechts. Übliche Hinrichtungsstätten seit republikanischer Zeit waren Forum, Marsfeld oder Esquilin: MOMMSEN: *Strafrecht* 913 f. Ein ähnlicher späterer Fall von 409 n. Chr. in C. 9,38,1 = CTh. 9,32,1: Flammentod am Tatort für das Ableiten von Nilwasser bei niedrigem Wasserstand mittels Damm-Durchstichs, mit drakonischen Strafandrohungen auch für Komplizen; dazu LIEBS 1985, 111. Nicht hierher gehört die Bestimmung des Tatorts zum zuständigen Gericht für Vergehen von Sklaven bei auswärtigem Wohnsitz ihres Herrn in D. 48,2,7,4. – Im Mittelalter errichtete man das Schaffott häufig am Ort der Straftat: G. HABERER, Art. Schaffott, HRG IV (1990) 1349.

<sup>84</sup> Spiegelnde Strafen kennt das antike römische Recht in geringerer Zahl als das germanische. Ein Beispiel ist der Feuertod für den Brandstifter nach den Zwölf Tafeln: D. 47,9,9; D. 48,19,28,12; BONINI (o. Fn. 74) 99 f.; WACKE, RIDA 26 (1979) 552 ff. In der Spätantike häufen sich grausame verstümmelnde Leibesstrafen am „schuldigen Glied“: L. GÜNTHER 1889, 155 ff.; MANFREDINI, Index 26 (1998) 231 ff.

trauernden Angehörigen (als innere Befriedigung ihres Rachegefühls) aber nur ein schwacher Trost.<sup>85</sup> Den Mord selbst zu rächen, war ihnen jedenfalls – in grundlegendem Unterschied zu germanischen und nordischen Quellen – untersagt; die Vollstreckung oblag allein staatlichen Amtsträgern. Abschreckende Wirkung auf andere wird indessen nur dann erzeugt, wenn an solchen Orten einigermaßen regelmäßig Passanten vorbeikommen<sup>86</sup> und die Leichname der Exekutierten längere Zeit dort sichtbar hängen bleiben.<sup>87</sup> Plätze in der Nähe von Wegekreuzungen, von Brücken oder auf Hügeln (Golgatha, Galgenberge) boten sich dafür an.<sup>88</sup> Ein gottverlassener Hinterhalt in unwegsamem Gelände, wohin Reisende auf beschwerlichem Wege gelockt<sup>89</sup> und anschließend niedergemetzelt wurden, kommt dafür kaum in Betracht. Für den Scharfrichter war es zu beschwerlich, zeitraubend und vor allem gefährlich, eine verurteilte Räuberbande zwecks Exekution zum entfernten Ort des verübten Verbrechens abzuführen. Diese Nachteile vermeidend hat die von Callistrat alternativ erwähnte Hinrichtungsart größere Publizität und Effektivität,<sup>90</sup> die Verurteilten vor versammelter Menschenmenge im Amphitheater den Raubtieren zum Fraß vorzuwerfen.<sup>91</sup> Auf solch spektakuläre

<sup>85</sup> Anders GÜNTHER 138 f. (m. ält. Lit. Fn. 23): eine äußerst starke Betonung des Genugtuungsgedankens, fast an Rache grenzend. Meines Erachtens eher ein ideeller Ersatz dafür, dass die Angehörigen bei der Vollstreckung nicht mit Hand anlegen dürfen. *Ut id pro solacio habeant*: mit dieser Ablösung ihres Rachbedürfnisses müssen sie sich begnügen. *Solacium* (späteres Latein, in den Digesten nur sechsmal vorkommend), hier eher: Trostpflaster, (geringe) Genugtuung. Zur Echtheitskritik BONINI 105 Fn. 78. Die zur Errichtung und Unterhaltung der Ställe für die Staatspferde verpflichteten Provinzialen bekommen beispielsweise den Mist (*stercus*) *pro solacio*: C. 12,50,7 (anno 377 n. Chr.). Von *solor* trösten, entschädigen, ersetzen. Man denke auch an Boethius' berühmtes Werk *De consolatione philosophiae*.

<sup>86</sup> Das betont Quintilian (1. Jh. n. Chr.), *Declamationes* 274: *Quotiens noxios crucifigimus, celeberrimae eliguntur viae, ubi plurimi intueri, plurimi commoveri hoc metu possint*. Quintilian fügt hinzu: *Omnis enim poena non tam ad delictum pertinet quam ad exemplum*: von NAGLER 150 f. Fn. 2 zu Unrecht als „oberflächliche Verallgemeinerung“ bezeichnet. Vgl. auch KORNHARDT 47 f.

<sup>87</sup> Den Raben und Geiern zum Fraß, bis zur Verwesung. So MOMMSEN: *Strafrecht* 988 bei Fn. 3 (unter Hinweis auf unseren Text). Ansonsten sollte den Angehörigen ihre Bitte um Bestattung Hingerichteter grundsätzlich (außer bei Staatsfeinden) nicht abgeschlagen werden: D. 48,24,1 und 3. F. VITTINGHOFF: *Der Staatsfeind in der römischen Kaiserzeit* (Speyer 1936) 43 ff.; B. FABBRINI, *La deposizione di Gesù nel sepolcro e il problema del divieto di sepoltura per i condannati*, SDHI 61 (1995) 98 ff., bes. 134 ff., 159 ff.; MAYER-MALY: *Deposizione e sepultura*, ebenda 83–96. Das Verbot der Bestattung war nach antiker Ansicht eine schimpfliche Verschärfung der Todesstrafe: BLINZLER 282 ff.

<sup>88</sup> Die Sichtbarkeit der Galgen diente im Mittelalter der Abschreckung von Missetätern und von fahrendem Volk: A. ERLER, *Art. Galgen*, HRG I (1971) 1375 ff.

<sup>89</sup> Etwa durch absichtlich verdrehte Wegweiser. Römische Meilensteine mit eingemeißelten Entfernungsangaben waren nicht so leicht zu verfälschen.

<sup>90</sup> Auch Sklaven waren als Zuschauer zu den Spielen zugelassen (D. 21,1,65 pr.) und konnten so dem furchterregenden öffentlichen Strafvollzug beiwohnen.

<sup>91</sup> Bis zum Termin einer dafür geeigneten Massenveranstaltung wurden die Verurteilten in Haft gehalten: J.-U. KRAUSE 1996, 228. Bulla Felix gelang die Befreiung zweier zum Tod in der

## Die Zwecke von Buße und Kriminalstrafe nach römischen Rechtsquellen – 435

Weise vollzog man beispielsweise die Hinrichtung der brüchtigen Räuberhauptlinge Selouros (um 30 v. Chr.) und Bulla Felix (ca. 207 n. Chr., vgl. o. Fn. 78)<sup>92</sup> Gesteigert würde die Abschreckung, wenn ein Herold zuvor den Grund ihrer Tötung verkündete oder sie ein entsprechendes Schild um den Hals trugen (vgl. Fn.75).

7. Wo bestimmte Vergehen gehäuft verübt werden, verlangt der Abschreckungszweck geschärfte Strafandrohungen.<sup>93</sup> Über regionale Strafschärfungen berichtet Claudius Saturninus in seinem Werk über die Bestrafung von Zivilpersonen,<sup>94</sup> D. 48,19,16,10: „Zuweilen werden die Todesstrafen für bestimmte Übeltäter verschärft, wo gegen besonders viele sich als Wegelagerer herumtreibende Personen ein Exempel (zu statuieren)<sup>95</sup> nötig ist.“<sup>96</sup> Über die Arten der gegen Räuberbanden verhängten verschärften Todesstrafen haben wir soeben von Callistratus gehört. Saturninus berichtet in D. 48,19,16,9 auch über von Landstrich zu Landstrich unterschiedlich hohe Strafzumessungen für dieselben Vergehen: In manchen Provinzen würden sie strenger bestraft, in der römischen Provinz Africa das Inbrandstecken (reifer) Kornfelder,<sup>97</sup> in Mösien (heute Serben/Bulgarien) das Abbrennen von Weinbergen, an Orten mit Erzbergwerken die Vergehen der Münzfälscher

---

<sup>92</sup> GRÜNEWALD 100–102 und 172.

<sup>93</sup> DILIBERTO 1992, 318 ff. – *Multitudo peccantium non exonerat, sed magis aggravat*: LIEBS, Lateinische Rechtsregeln Nr. M 81 (ohne nähere Quellenangabe). „Eine Mehrzahl von Straftätern entlastet nicht, sie erschwert eher.“ Mit dem Hinweis, viele andere Delinquenten begingen gleiches Unrecht, kann sich niemand entschuldigen. Gegen üble Gewohnheiten muss man um so schärfer einschreiten. (LIEBS denkt allerdings eher an gemeinschaftlich verübte Straftaten).

<sup>94</sup> *De poenis paganorum*. Paganus hier = Zivilist, im Gegensatz zu den Militärstrafen. Dazu D. LIEBS, Africa (o. Fn. 75) 23 f.; DERS., Handbuch (o. Fn. 81) 214. Dieser Saturninus war vermutlich ein mit juristischen und rhetorischen Grundkenntnissen vertrauter kaiserlicher Funktionär zur Zeit der Antoninen; so (etwas abweichend von Liebs) DILIBERTO 1992, 318 ff., 325 f. Mehrere *Saturnini* sind zu unterscheiden, s. CANNATA, in: *Iuris vincula*, Studi Talamanca I (Napoli 2001) 355–372.

<sup>95</sup> Die (in den Rechtsquellen nicht vorkommende) Wendung *exemplum statuere* ist schon klassisches literarisches Latein: KORNHARDT (o. Fn. 11) 38.

<sup>96</sup> D. 48,19,16,10: *Nonnumquam evenit, ut aliquorum maleficiorum supplicia exacerbentur, quotiens nimium multis personis grassantibus exemplo opus sit*.

<sup>97</sup> Anscheinend ein charakteristisches Vergehen für Africa: LIEBS (Fn. 75) 40 f. mit Hinweisen auf die agrarischen Verhältnisse. Vom Inbrandsetzen fremder reifer Kornfelder oder Weinberge versprach sich der Täter (außer der absichtlichen Schädigung eines vielleicht verhassten Nachbarn) vermutlich die Ausschaltung von konkurrierenden Anbietern auf dem Markt und infolge dessen eine Steigerung der Verkaufspreise für die eigenen landwirtschaftlichen Produkte. Weitere Vergehen gegen Winzer erwähnt R. WILLVONSEDER: *Roms Juristen und der Wein*, Festschrift Mayer-Maly (2002) 877, 882 f.

(wohl weil sie sich dort leichter ihre Rohmetalle beschaffen können).<sup>98</sup> Bandenmäßig verübte Viehdieberei (oft unter Mitführung von Waffen) soll nach einem von Hadrian in die spanische Provinz Baetica gerichteten Reskript sehr hart (*durissime*) mit dem Schwert bestraft werden, allerdings nicht überall, sondern nur dort, wo diese Verbrechenart häufiger vorkommt; ansonsten wird sie nur mit Zwangsarbeit (im Bergwerk), zuweilen bloß zeitlich befristet, geahndet.<sup>99</sup>

8. Zwecks Einschärfung der militärischen Disziplin findet sich die exemplarische Bestrafung der „Feigheit vor dem Feind“ in D. 49,16,6,3: „Wer in der Schlachtreihe als erster die Flucht ergriff, der ist vor den zuschauenden Kämpfern<sup>100</sup> des Beispiels halber mit dem Tode zu bestrafen.“ Wer sich als erster in vorderster Schlachtreihe in die Flucht schlagen lässt, dem folgen seine Kommilitonen nach. Deswegen darf keiner als erster fliehen: Einem jeden soll eingeschärft werden, dass er dann sein Leben in jeden Falle verliert: wenn nicht von Feindes Hand, dann durch standgerichtliche Exekution auf Befehl des Kommandanten.

9. Das Bedürfnis, Räuberhäuptlinge und Rädelsführer von Aufständischen unverzüglich exemplarisch zu bestrafen, kann nach dem Spätclassiker Modestinus D. 49,1,16 sogar zur Beschneidung ihres Rechtsmittels der Appellation führen. Der Text wird oft vergrößernd geradezu als ein Verbot der Appellation für diese Schwerstkriminellen verstanden.<sup>101</sup> Doch hing ihre sofortige Exekution während schwebender Appellation im Einzelfall vom pflichtmäßigen Ermessen des Magistrats ab:

D. 49,1,16 (Modestinus *libro sexto differentiarum*): Constitutiones, quae de recipiendis nec non appellationibus loquuntur, ut nihil novi fiat, locum non habent in eorum persona, quos damnatos statim puniri publice interest: ut sunt insignes latrones vel seditionem concitatores vel duces factionum.

„Kaiserliche Bescheide, welche anordnen, dass während der Annahme oder Nichtannahme der Appellation nichts verändert werden dürfe,

<sup>98</sup> Das heißt natürlich nicht, dass es sich bei den Münzvergehen geradezu um ein „*crimine locale*“ handelte; so (leicht übertrieben) F. SALERNO 2003, 29 m. weit. Lit. Weiteres über Münzfälschungen bei LIEBS 1983, 163–170.

<sup>99</sup> D. 47,14,1pr. = Collatio 11,7,1; DILIBERTO 1992, 313. Aufschlussreiche Einzelheiten bei P. HERZ; Latrocinium und Viehdiebstahl, in I. Weiler (Hrsg.), Soziale Randgruppen und Außenseiter im Altertum (Graz 1988) 221–241, 232; GRÜNEWALD (Fn. 76) 43 f.

<sup>100</sup> *Spectantibus militibus* wird dem Sinne nach auf die Exekution der Strafe, nicht auf die Flucht zu beziehen sein. Zweifelnd (aufgrund unterschiedlicher Interpunktion) V. GIUFFRÉ: *Testimonianze sul trattamento penale dei milites* (Napoli 1989) 50 ff. Fn. 7. Entschieden anders GIUFFRÉ, *Lecture e ricerche sulla res militaris II* (Napoli 1996) 544 f.

<sup>101</sup> So ROBINSON 1996, 11 (bei Fn. 141); GRÜNEWALD (o. Fn. 76) 23 f.; einschränkend SANTALUCIA 1998, 231.



## Die Zwecke von Buße und Kriminalstrafe nach römischen Rechtsquellen – 437

finden keine Anwendung auf verurteilte Personen, *deren sofortige Bestrafung im öffentlichen Interesse liegt*, wie Häuptlinge von Räuberbanden, Anstifter von aufrührerischen Erhebungen oder Anführer von Verschwörungen.“

Als *iudex a quo* entschied der Provinzstatthalter zunächst über die Annahme oder Nichtannahme der Appellation; in beiden Fällen hatte er darüber dem Kaiser als *iudex ad quem* zu berichten.<sup>102</sup> Vor dem Vollzug der Strafe war grundsätzlich der kaiserliche Bescheid abzuwarten (D. 28,3,6,9). Vor dem Eintritt der Rechtskraft galt der Appellant noch nicht als verurteilt (*si provocet, nondum damnatus videtur*: Ulpian D. 48,19,2,2). Die vorgeschriebene höchstrichterliche Überprüfung von Verurteilungen wegen Kapitalverbrechen war eine Kontrollmaßregel, da die Statthalter selten ausgebildete Juristen waren. Das Fehlen präziser Strafnormen (zumal über das Strafmaß) führte zu Rechtsunsicherheit.<sup>103</sup> Bis zum Eingang der schriftlichen Urteilsbestätigung durfte der Statthalter an seiner Entscheidung nichts ändern.<sup>104</sup> Die von Modestin genannten Anführer krimineller Vereinigungen<sup>105</sup> verdienten jedoch ausnahmsweise im Interesse der Staatsräson die sofortige Exekution. Hier schimmert die Neigung durch, dass manifeste Verbrecher einen „kurzen Prozess“ verdient hätten; ihren Taten müsse die Bestrafung „auf dem Fuße folgen“. Wo vom Todesurteil bis zur Hinrichtung (wie gegenwärtig in den USA) viele Monate, wenn nicht Jahre vergehen, wird die Todesstrafe gewiss irrisorisch. Die Einlegung der Appellation ist aber ein Rechtsmittel jedes Verurteilten und kein Gnadengesuch. Die Grundfrage ist, woher der die sofortige Exekution anordnende *iudex a quo* seine Gewissheit herleitet, dass sein Urteil der Wahrheit entspricht, wenn der Verurteilte seine Schuld bestreitet. Das kann bei geständigen Angeklagten zu bejahen sein, oder wenn das Rechtsmittel ersichtlich nur zwecks Verzögerung eingelegt wurde.<sup>106</sup> Ansonsten liegt gerade die Überprüfung von Todesurteilen (besonders angesichts der Irrevisibilität der Todesstrafe) und nicht ihre sofortige Vollstreckung im öffentlichen Interesse.<sup>107</sup> Was spricht gegen einen Aufschub

<sup>102</sup> Vgl. F. ARCARIA: *Referre ad principem* (Milano 2000), bes. 213 ff.; zur Stelle kurz S. 265.

<sup>103</sup> J.-U. KRAUSE: *Gefängnisse* 1996, 231 f.

<sup>104</sup> D. 49,7,1pr. ff.; M. CAMPOLUNGH: Gli effetti sospensivi dell'appello in materia penale, *BIDR* 75 (1972) 152 ff.; SANTALUCIA 1998, 221. Vgl. heute § 308 ZPO.

<sup>105</sup> Auch *princeps sceleris* o. ä. genannt (D. 11,3,10); MOMMSEN, *Strafrecht* 98 Fn. 4.

<sup>106</sup> Vgl. Pauli Sent. 5,35,2. Ein kurioses Beispiel für unerhebliches Vorbringen in D. 48,19,6pr.; WACKE 1993, 396 f.

<sup>107</sup> Das betont insoweit zutreffend CAMPOLUNGH 210 ff., bes. 215. Ein „vorläufig vollstreckbares Todesurteil“ wäre ein Widerspruch in sich. Campolunghi denkt deshalb hier primär an eine reversible Verbannungsstrafe. Diese kommt aber dem Zusammenhang nach (jedenfalls für *humiliores*) nicht in Betracht. TH. HONSELL: Gemeinwohl und öffentliches Interesse im klass. röm. Recht, *SZ* 95 (1978) 93–137 geht auf unseren Text (und überhaupt auf strafrechtliche Fragen) soweit ersichtlich nicht ein.

der Hinrichtung?<sup>108</sup> In der Rechtsgeschichte dauerte es lange, bis sich die Überzeugung ganz durchsetzte, dass auch manifeste Verbrecher ein Recht auf richterliches Gehör (auch in der Revisionsinstanz) haben.<sup>109</sup>

Modestins Lehrer Ulpian erlaubt in D. 28,3,6,9 ebenfalls die Strafvollstreckung ausnahmsweise vor dem Eingang der schriftlichen Urteilsbestätigung durch den Kaiser gegen die genannten Rädelsführer von Räuberbanden, von Aufständischen oder aus anderen wichtigen Gründen, welche keinen Aufschub dulden und anschließend alsbald dem Kaiser zu erläutern sind, „nicht der Eilbedürftigkeit des Strafvollzuges wegen, sondern um Gefahren vorzubeugen“ (*non poenae festinatione, sed praeveniendi periculi causa*). Die sofortige Exekution verurteilter Rädelsführer trotz schwebender Appellation durfte der Magistrat demnach offenbar auf seine Verantwortung<sup>110</sup> wegen des kriminalpolitischen Bedürfnisses anordnen, um der Bande das Haupt abzuschlagen und damit ihre Organisation im Kern zu zerstören.<sup>111</sup> War ein Ratsherr (*decurio*) wegen Totschlags verurteilt, so bedurfte dementsprechend die Vollstreckung nach Modestin D. 48,8,16 ausnahmsweise dann keiner vorherigen kaiserlichen Bestätigung, wenn ein Aufruhr nicht anders gestillt werden konnte (*si... tumultus aliter sedari non potest*).<sup>112</sup> „Je größer die Gefahr, desto skrupelloser die Methoden ihrer Bekämpfung.“<sup>113</sup> Angesichts der lange dauernden Korrespondenz-Übermittlung aus der Provinz hin zum Kaisergericht und zurück mochte die Gefahr bestehen, dass Gesinnungsgenossen den zur Exekution gefangenen Gehaltene zu befreien suchten. Ein sofortiger Strafvollzug konnte dann also auf Kosten präziser Schuldfeststellung im Einzelfall im Interesse der öffentlichen Sicherheit geboten sein: ein Symptom für die schon zur Prinzipatszeit in den Provinzen bestehende Schwäche staatlicher Gewalt, die sich in Extremfällen außer Stande sah, aufrührerischen Umtrieben mit anderen, rechtsstaatlicheren Mitteln zu trotzen.

10. Des schlechten Beispiels wegen wurden zuweilen auch unvorsätzlichen Handlungen exemplarisch bestraft, besonders wenn durch die Verabreichung

<sup>108</sup> Auf Anordnung kaiserlicher *mandata* waren Hinrichtungen mit dem Schwert unverzüglich, spätestens binnen eines Jahres zu vollstrecken: Collatio 11,7,4; vgl. PS 5,17,2. Faktisch war die Frist oft länger. Zu Mindestfristen aus republikanischer Zeit s. MOMMSEN 91 ff.; J.-U. KRAUSE 1996, 223-247; vgl. Rez. G. KLINGENBERG, SZ 115 (1998) 621.

<sup>109</sup> Vgl. WACKE 1993, 388 f. Nach VANTIUS (1552) selbst dann, wenn über den Satan in Person zu urteilen wäre.

<sup>110</sup> Seine Verantwortung betont zutreffend MOMMSEN 1899, 470.

<sup>111</sup> Nach der spektakulären Hinrichtung des charismatischen Briganten Bulla Felix sind die nicht weiter verfolgten zahlreichen Mitglieder seiner Bande offenbar tatsächlich in alle Winde zerstoßen, vgl. BELLEN, Sklavenflucht (Fn. 205) 105; GRÜNEWALD 172.

<sup>112</sup> Zur Maxime *Ne occasio sit maioris tumultus faciendi* (D. 50,17,176pr.) siehe WACKE, in: B. C. M. Jakobs/E. C. Coppens (Red.), Een Rijk Gerecht, Opstellen [Festschrift] P. L. Nève (Nijmegen 1998) 596 ff.

<sup>113</sup> So, in ähnlichem Zusammenhang, LANATA (u. Fn. 241) 304.

schädlicher Medikamente ein Mensch zu Tode kam.<sup>114</sup> Aufgrund eines Senatsbeschlusses wurde eine Frau relegiert, die ein konzeptionsförderndes Mittel verabreichte, nach dessen Einnahme die Patientin gestorben war.<sup>115</sup> Die Beschuldigte tat dies *non quidem malo animo, sed malo exemplo*: Sie handelte also zwar „nicht aus böser Absicht, gab damit aber ein schlechtes Beispiel“. Dieses Wortspiel könnte dem Senatsbeschluss wörtlich entnommen sein. Die Verabreichung von Abtreibungsmitteln oder Liebestränken wurde als Gefährdungsdelikt ebenfalls des schlechten Beispiels wegen (*quia mali exempli res est*) auch ohne Todesfolge schwer bestraft;<sup>116</sup> offenbar weil Scharlatane mit dem Aberglauben ihrer Mitmenschen gute Geschäfte machten. Stirbt jemand nach Einnahme eines derartigen Mittels, soll der leichtfertig Handelnde gleichfalls zum Tode verurteilt werden. Dieser Strafschärfung zufolge ist die missbilligte Verabreichung solch zweifelhafter Mixturen ein erfolgsqualifiziertes Delikt.<sup>117</sup>

11. In kaiserlichen Konstitutionen ab dem 3. Jahrhundert finden exemplarische Bestrafungen ihre Fortsetzung. Nach Alexander Severus C. 4,55,1pr.-2 (von 223 n. Chr.) verkauften Sklaven ihren eigenen Herrn unter Exportationsauflage. Ein späterer Käufer ließ ihn frei. Wusste der angeklagte erste Käufer von dem schändlichen Handel (machte er also mit den perfiden Sklaven gemeinsame Sache), dann solle „der zuständige Richter das abscheuliche Vergehen zur Abschreckung mit der Todesstrafe rächen“ (*exsecrabile delictum in exemplum capitali poena vindicabit*).<sup>118</sup>

Ende des 3. Jh. n. Chr. wurden einem Bericht des *praefectus Urbi* zufolge öfters Sklaven, zuweilen sogar Freigeborene, von Menschenräubern aus Rom

---

<sup>114</sup> Dazu WACKE, RIDA 26 (1979) 531 ff. Siehe PS 5,23,19: Relegation für *honestiores*, Todesstrafe für *humiliores*. Dabei wird mangelnde ärztliche Fachkunde (*imperitia*) vorauszusetzen sein, wie in Ulpian D. 1,18,6,7: „Zufälligen Tod des Patienten darf man niemandem vorwerfen. Unter dem Vorwande allgemeinemenschlicher Gebrechlichkeit dürfen aber die Vergehen derjenigen, die in Gefahr befindliche Personen (über ihre unzureichenden medizinischen Kenntnisse oder über die Wirksamkeit des Mittels) täuschen, nicht entschuldigt werden.“ Dazu WACKE: Die Anerkennung der Medizin als *ars liberalis*, SZ 113 (1996) 389.

<sup>115</sup> D. 48,8,3,2. Nach der milden Verbannungsstrafe zu urteilen, gehörte die Angeklagte (vielleicht eine Art Hebamme) vermutlich zu den *honestiores* (vgl. vorige Fn.). – Giftmord war ein typischerweise von Frauen verübtes Verbrechen. Ansonsten waren Frauen unter den Straftätern deutlich unterrepräsentiert: KRAUSE 1996, 170 ff. Vgl. unten Fn. 233.

<sup>116</sup> *Humiliores* zu Bergwerksarbeit, *honestiores* zu Deportation und partiellem Vermögensverlust: PS 5,23,14 = D. 48,19,38,5. Zum *malum* oder gar *pessimum exemplum* s. die Angaben bei WACKE 1979, 533 Fn. 97 und SZ 112 (1995) 314 f.

<sup>117</sup> Die Todesfolge musste ihrerseits (wie vor der Reform unseres § 18 StGB) nicht zusätzlich mindestens fahrlässig verursacht sein.

<sup>118</sup> Eine Aufforderung an den Richter, die *poena capitalis* mit äußerster Strenge zu verhängen: so R. LAMBERTINI: *Plagium* (Milano 1980) 159 f. Zur Apposition '*exsecrabile*' (*delictum*) 'entsetzlich, verwünschungs-, fluchwürdig' s. B. SANTALUCIA: *I libri opinionum di Ulpiano I* (Milano 1971) 144 f.; T. SPAGNUOLO VIGORITA: *Exsecranda perniciēs* (Napoli 1984) 93 f.

nicht in solcher Vermessenheit Sklaven oder Freie aus der Stadt zu entführen sich getrauen“ (C. 9,20,7, anno 287).<sup>119</sup>

Zeigt ein Sklave seinen Herrn wegen des Verdachts einer Straftat an, soll er nach Gratian C. 10,11,6 (anno 382) „zur Abschreckung aller übrigen Verräter mit der härtesten Strafe belegt werden“ (*in exemplum omnium proditorum severissimae sententiae subiurgari*), selbst wenn die Bezichtigung nachweislich der Wahrheit entspricht (Majestätsverbrechen ausgenommen). Dem Schutze der Privatsphäre wird hier der Vorrang vor der Verbrechensaufklärung eingeräumt, soweit nicht die Staatsräson berührt wird.<sup>120</sup> Sklaven durften demnach nichts ihren Herren Nachteiliges offenbaren, diesbezüglich auch nicht peinlich befragt werden. Andererseits durften Sklaven aber auch keine Straftaten auf Befehl ihrer Herren begehen.<sup>121</sup>

12. Gegen die Ausbeutung von Provinzeinwohnern verordneten Gratian und seine Mitkaiser 382 n. Chr. in C. 9,27,1 = CTh. 9,27,3 die Strafe des Vierfachen mit dem einleitenden Satz: *Ut unius poenae metus possit esse multorum*, „damit die Bestrafung des einen vielen (anderen) Furcht einflößen (zum abschreckenden Beispiel dienen) möge.“ Diese einprägsamen Worte bilden gewissermaßen das Motto über der hier behandelten Grundidee der Generalprävention.<sup>122</sup> Die Gretchenfrage, ob es legitim sei, einen straffällig Gewordenen als „Sündenbock“ für viele potentielle Täter zu opfern, hätten die römischen Juristen wohl ohne großes Zögern bejaht.<sup>123</sup> Justinian erklärt jedenfalls in seiner Dienstinstruktion an den Prokonsul von Kappadozien, in der Novelle 30,11pr. von 536: Ehebruch, Mord und ähnliche Verbrechen solle er so streng bestrafen, „dass durch die Hinrichtung weniger Menschen alle übrigen auf Dauer im Zaum gehalten werden“ (*upote paucorum hominum supplicio omne quod reliquum est perpetue temperetur*)...: „Es ist nämlich nicht

<sup>119</sup> Nach LAMBERTINI 174 ff. „una pietra miliare nell'evoluzione sanzionaria del *crimen plagii*.“ Nach LAURIA: Appunti sul plagio, *Annali Macerata* 8 (1932) 203, zitiert von BELLEN (u. Fn. 205) 57, (vgl. S. 59) zielte Diokletians Erlass auf „eine zeitweilige und örtlich begrenzte Verschärfung der für das *plagium* im ganzen Reich geltenden Strafpraxis.“

<sup>120</sup> D. LIEBS: *Der Schutz der Privatsphäre (sic)* in einer Sklavenhaltergesellschaft: Aussagen von Sklaven gegen ihre Herren, *BIDR* 83 (1980) 147–189 (S. 178, 188); O. ROBINSON: *Slaves in Criminal Law*, *SZ* 98 (1981) 213–254, 236, 241; weit. Hinw. bei KASER, *RP II*<sup>2</sup> 127.

<sup>121</sup> D. 25,2,21,1; D. 44,7,20: WACKE: *Die Menschenwürde von Sklaven etc.*, in: *Festschrift Mayer-Maly* (o. Fn. 50) 833 f.; Echtheit zu Unrecht verdächtigt von P. DEL PRETE, *La responsabilità dello schiavo nel diritto penale romano* (1937, ristampa 1972) 120 ff., 127 ff., 193 f.

<sup>122</sup> Nach NAGLER 149 f. Fn. 5 eine fast sprichwörtliche, noch im 19. Jh. öfters zitierte Wendung. Bei WANDER (o. Fn. 8) s. v. Strafe finden sich hierzu die folgenden gleichbedeutenden Sinnsprüche: Eines Strafe schreckt viele. Strafe bessert den einen und schreckt den anderen. Wer einen straßt, droht hundert. *Unum qui castigat, centum emendat. Poena unius est multorum metus. Chi castiga uno, mette paura a cento. Chi uno nō castiga, molti altri nō minaccia.*

<sup>123</sup> BUONAMICI 191 führt eine Reihe von literarischen Belegstellen ähnlichen Inhalts an. Auch CUIACIUS u. Fn. 198.

unmenschlich, vielmehr der höchste Grad der Menschlichkeit, wenn durch Bestrafung Weniger vieles in Ordnung kommt“ (*non enim inhumanum est hoc, maxima magis humanitas, dum paucorum correctione multum salvum est*).

13. Härteste Abschreckungspolitik liegt insbesondere schon dem berüchtigten SC *Silanianum* vom Beginn des Prinzipats (10 oder 17 n. Chr.) zugrunde. Nach gewaltsamer Ermordung eines Römers waren alle seine zur Tatzeit in Rufweite befindlichen Sklaven der peinlichen Befragung auszusetzen. Hatten sie ihm nicht erweislich Beistand geleistet, galten sie als mitschuldig; darum war ihre Hinrichtung anzuordnen.<sup>124</sup> Ulpian D. 29,5,1pr. rechtfertigt den von ihm ausführlich kommentierten Senatsbeschluss mit der Begründung, dass anderenfalls kein römisches Haus vor Nachstellungen durch Angehörige oder Fremde sicher sein könne.<sup>125</sup> Nach der Ermordung des Stadtpräfekten L. Pedanius Secundus im Jahre 61 n. Chr. wurden deshalb vierhundert seiner Sklaven zum Tode verurteilt. Bei den Beratungen im Senat über deren eventuelle Begnadigung rechtfertigte C. Cassius Longinus deren Hinrichtung in einer Rede mit dem Kernsatz: *Habet aliquid ex iniquo omne magnum exemplum, quod contra singulos utilitate publica rependitur*: „Jedes große Strafexempel enthält ein Stück Ungerechtigkeit, da es einzelne trifft; durch den öffentlichen Nutzen wird dies aber aufgewogen.“<sup>126</sup>

## VI. Der Besserungsgedanke

1. Der in einem Fragment des Spätclassikers Iulius Paulus plakativ herausgestellte Besserungszweck der Geldstrafe wirkt im dortigen Zusammenhang ein wenig naiv:<sup>127</sup>

D. 48,19,20 (Paulus *libro octavo decimo ad Plautium*): Si poena alicui irrogatur, receptum est commenticio iure, ne ad heredes transeat. Cuius rei illa ratio videtur, *quod poena constituitur in emendationem hominum*: Quae mortuo eo, in quem constitui videtur, desinit.

(Paulus im 8. Buch zu Plautius): „Von einer jemandem auferlegten Strafe ist in der Rechtsliteratur anerkannt,<sup>128</sup> dass sie nicht auf die Erben

---

<sup>124</sup> Blinde und Taubstumme wurden allerdings verschont; sie hatten *venia* (Gnade) verdient. Keine Begnadigung im technischen Sinne: WALDSTEIN 1964, 142; A. KÜSTER: *Blinde und Taubstumme im römischen Recht* (Köln u. a. 1991) 66 f.

<sup>125</sup> D. DALLA, *Senatus Consultum Silanianum* (Milano 1980), zum Zweck S. 2 ff., bes. 77 ff.

<sup>126</sup> Tacitus, *Annales* 14,44,4; H. BELLEN: *Antike Staatsräson*, *Gymnasium* 89 (1982) 449 ff.; J. G. WOLF: *Das SC Silanianum und die Senatsrede des C Cassius Longinus* (Heidelberg 1988), bes. S. 16 f.

<sup>127</sup> Eingehender Literaturbericht zur Stelle bei JOSÉ MARÍA BLANCH NOUGÈS: *La intransmisibilidad de las acciones penales en Derecho romano* (Madrid 1997) 65 ff.

<sup>128</sup> *Receptum est commenticio iure*: ein schwer zu übersetzendes *hapax legomenon*. Bisherige

übergeht. Der Grund dafür liegt darin, *dass eine Strafe zur Besserung der Menschen verhängt wird*. Dieser Grund entfällt, wenn derjenige gestorben ist, dem sie auferlegt wurde.“

Da die passive Vererblichkeit von Strafen verneint wird, kann der Text nur solche Strafen betreffen, die ihrer Natur nach auf den Erben übergehen könnten. Dafür kommen nur Geldstrafen oder Geldbußen in Betracht (besonders wegen Diebstahls, die *poena furti*, D. 47,1,1pr.). Deren passive Unvererblichkeit begründet Paulus mit ihrem Besserungs- oder Erziehungszweck: Er entfalle mit dem Tode des Bestraften als gegenstandslos. Ein Verstorbener lässt sich nicht mehr resozialisieren. Mit einem Hinweis auf die Höchstpersönlichkeit von Strafen wäre dies einfacher zu begründen gewesen.<sup>129</sup> Die zu weit geratene Formulierung erweckt den Anschein, als diene jede Strafe der Besserung des Täters. Auf die bei den Römern weit verbreitete Todesstrafe bezogen, klänge der Hinweis auf den Erziehungszweck jedoch wie blanker Hohn. Hinrichtung und Erziehung zum Besseren schließen einander aus. Die Textaussage enthält im doppelten Sinne eine grobe Vereinfachung, weil sie nicht auf alle Arten von Strafen passt und auch nur ein Strafzweck von mehreren herausgegriffen wird. MOMMSEN (S. 4 Fn. 1) hielt dies nicht zu Unrecht für einen „flachen Gedanken“.<sup>130</sup> Dass auch Geldstrafen eine Besserungsfunktion zugeschrieben wird, ist immerhin bemerkenswert. Für den Verletzten haben Geldbußen aber zuweilen auch eine Genugtuungsfunktion.<sup>131</sup> Paulus hatte reine, auf *poena tantum* gerichtete Bußklagen vor Augen. Was nötigte ihn zu einer so ausführlichen, lehrhaft (und hohl) klingenden Begründung? Die passive Unvererblichkeit von Deliktsbußen stand schon für Gaius 4,112 als *certissima iuris regula* fest.<sup>132</sup> Paulus verneinte hier vermutlich

---

(aber kaum überzeugende) Übersetzungsvorschläge: erdachtes, erfundenes, ideales Recht (so H. M. LENZ [o. Fn. 65] S. 46); neues Recht (*ius novum*: so VOCI, ihm zustimmend BLANCH NOUGÈS S. 67 f. Fn. 140). Beides passt nicht zu Gaius 4,112: Die passive Unvererblichkeit von Bußklagen war schon für ihn eine *certissima iuris regula*. Ulpian D. 47,1,1pr. nennt dies eine *civilis constitutio*. Zu folgen ist HEUMANN/SECKEL: *Handlexikon s. v. ‚commenticius‘: auf Erklärung* (Auslegung) der Juristen beruhend. Dieser Nebenpunkt ist für den Tenor der Entscheidung jedoch unerheblich.

<sup>129</sup> NAGLER S. 154. Die Besserungsidee hält er hier für bloße Dekoration. Vgl. oben Fn. 65 und Ziffer 5 a. E. zu D. 24,3,36.

<sup>130</sup> Vgl. A. LOVATO, SDHI 55 (1989) 431, 432 Fn. 30. Auch für GIOFFREDI, Principi 54 steht der von den Juristen relativ selten berührte Besserungsgedanke in diesem Paulustext isoliert.

<sup>131</sup> Zumal bei den gemischten Strafklagen. Gaius 4, 6-9. Vgl. M. KASER: *Das römische Privatrecht I* (2. Aufl. 1971) 501 f. Bei der Umdeutung antiker Bußklagen in Ersatzklagen (bes. aus der *lex Aquilia*) in der Rezeptionsgeschichte war es ein wichtiges Ziel, deren passive Vererblichkeit abweichend von den Quellen durchzusetzen: beeinflusst vom kanonischen Recht erst im 18. Jahrhundert anerkannt; HORST KAUFMANN: *Rezeption und usus modernus der actio legis Aquiliae* (Köln/Graz 1958) 95 ff., 102.

<sup>132</sup> Gegen die Vererblichkeit bereits Cicero *De nat. deorum* 3,90; G. KLINGENBERG, SZ 115 (1998) 608. LIEBS, Rechtsregeln Nr. P 59.

die Vererblichkeit einer durch Urteilsspruch bereits erkannten Geldstrafe (*poenam irrogare* heißt technisch ‚eine Strafe verhängen‘). Ein schwebender Strafprozess erlischt mit dem Tode des Angeklagten von Rechts wegen nach der *Maxime Crimen extinguitur mortalitate*.<sup>133</sup> Dieser Grundsatz muss fortgelten, wenn der Angeklagte nach seiner Verurteilung stirbt.<sup>134</sup>

2. Zur Regierungszeit Hadrians (117–138 n. Chr.) ereignete sich in der südspanischen Provinz Baetica (heute Andalusien) anlässlich eines Festmahls ein tödlicher Unfall, als ein junger Mann beim Prellen auf einem gespannten Tuch zu Boden fiel und nach fünf Tagen seinen Verletzungen erlag. Der Statthalter verbannte den für den Sturz Verantwortlichen, der aus grobem Leichtsinn den Tod verursacht hatte (*cum per lasciviam causam mortis praebuisset*), vermutlich weil er unachtsam das Tuch nicht genügend festgehalten hatte, auf fünf Jahre. Für eine Bestrafung fahrlässig begangener Körperverletzungen mit Todesfolge gab es keine Rechtsgrundlage. Dennoch erschien es dem Statthalter angezeigt, kraft seiner Koerzitionsgewalt „die aus Übermut begangene Fahrlässigkeit zu bestrafen, damit die übrigen jungen Leute dieses Alters gebessert würden“ (*cupiditatis culpam coercendam credidi, ut ceteri eiusdem aetatis iuvenes emendarentur*).<sup>135</sup> „Gebessert“, lautet die amtliche Begründung des Statthalters; eher gemeint ist jedoch: „abgeschreckt“.<sup>136</sup> Die nicht ungefährliche, volkstümliche Neckerei des Prellens erfreute sich nämlich speziell in Spanien besonderer Beliebtheit. Dieses regionale Brauchtum erforderte (wie nach den oben V 7 gebrachten Beispielen) zwecks Verhinderung von Unfällen nach Ansicht des Statthalters ein exemplarisches Einschreiten.

Ausnahmsweise ist uns hier einmal ein (überdies recht lebensnaher) Prozessbericht aus der Praxis eines mit der Urteilsfällung selbst befassten

---

<sup>133</sup> D. 48,4,11 u. a.; WACKE, SZ 97 (1980) 54, 60 f.; DERS., Juristische Arbeitsblätter 1987, 191–193.

<sup>134</sup> Vgl. heute §§ 459 c Abs. 3, 465 StPO. Für den Konkursfall § 39 Abs. 1 InsO. Wenn auf bereits erkannte Geldstrafen bezogen, enthält der Text vielleicht doch „eine Abweichung vom strengen Recht“, wie OTTO/SCHILLING/SINTENIS (1832) den rätselhaften Ausdruck *commenticio iure* übersetzen. Trotz rechtskräftig festgesetzter Strafe entfällt sie ohne formgerechte Beseitigung des Urteils aus Billigkeitsgründen. Die heutige gesetzliche Regelung entlastet den Rechtsanwender von der Suche nach einer Lösung und deren Begründung.

<sup>135</sup> Collatio 1,11,1–4. Dazu WACKE, RIDA 26 (1979) 525 ff.; DERS., Ein Unfall beim Prellen, Rhein. Museum für Philologie 123 (1980) 68–95 = (gekürzt) Juristische Schulung 1980, 202–210; umfassende weitere Hinweise in ARCARIA (o. Fn. 102) 222 ff.; schließlich GUARINO; Pagine (u. Fn. 180) VII 299 ff.

<sup>136</sup> Bezieht sich *ceteri eiusdem aetatis iuvenes* auf den engeren Kreis der am Unfallgeschehen beteiligten (und darüber als Zeugen vernommenen) Kameraden und Tischgenossen des Getöteten und des Angeklagten, dann ist deren Besserung bezweckt. Sind hingegen (da eine solche Beschränkung aus dem Text nicht hervorgeht) „alle Jugendlichen dieser Altersklasse“ gemeint (und sei es auch nur in der vom Statthalter regierten Provinz), dann ist deren Abschreckung das Ziel.

hohen Richters über einen tatsächlichen Vorfall überliefert. Der Bericht ist an den Kaiser gerichtet; das Strafmaß wurde von Hadrian mit lakonischen Worten bestätigt.<sup>137</sup> Die Schilderung des Tathergangs nahm Justinian absichtlich nicht in seine Gesetzgebung auf. Aber unter unmissverständlicher Anspielung auf den auch unter den Jugendlichen von Beryt und Konstantinopel verbreiteten, zuweilen sogar gegen Professoren gerichteten Schabernack verbot Justinian in seiner Ende 533 n. Chr. erlassenen juristischen Studienordnung unter strengster Strafandrohung solche „unwürdigen und niederträchtigen, eher auf Sklaven passenden Streiche, deren Effekt Körper- und Ehrverletzung ist.“<sup>138</sup> Aus Furcht vor Nachahmung vermied es Justinian, das Geschehen deutlich mit Namen zu nennen.<sup>139</sup> Den konkreten Tathergang (entgegen der sensationslüsternden Neugier heutiger Medien) nicht zu beschreiben, ist eine Möglichkeit zu vorbeugender Verbrechensverhütung. Denn es ist besser, rechtzeitig richtig vorzubeugen, als nachträglich streng zu strafen.<sup>140</sup>

3. Zum Besserungsgedanken im weiteren Sinne passt auch das Prinzip, Rückfalltäter strenger zu bestrafen. Nachdem die erste, schuldangemessene Bestrafung nichts fruchtete, gilt die Maxime der klassischen Pädagogik: „Wer nicht hören will, muss fühlen.“ Das Wissen um die drohende Strafschärfung für den Wiederholungsfall sollte einsichtige Vorbestrafte von der Verlockung zur Tatwiederholung abhalten. Wer erneut straffällig wird, dessen Schuld wiegt schwerer. Beispiele dafür sind allerdings nur wenige, meistens aus späterer Zeit überliefert.<sup>141</sup> Am bekanntesten ist das von Callistratus D. 48,19,28,3

<sup>137</sup> Nur insoweit (auszugsweise) auch wiedergegeben in D. 48,8,4,1 und D. 48,19,5,2.

<sup>138</sup> *Constitutio Omnem* § 9; mit Übersetzung abgedruckt in: BEHREND/SKNÜTEL/KUPISCH/SEILER II (1995) 70 f. Zu den akademischen Zuständen und disziplinarischen Maßnahmen an den spätantiken Universitäten anschaulich A. DEMANDT: *Die Spätantike* (München 1989) 361–370 und H. WIELING, Rechtsstudium in der Spätantike, in: A. bonis bona discere, Festgabe J. Zlinszky (Mickolc 1989) 513, 516 ff.

<sup>139</sup> WACKE: Eine Nachlese zum Volksbrauch des Prellens, *Österreichische Zeitschrift für Volkskunde* 82 (n. F. 33, Wien 1979) 151–166, 155 f.

<sup>140</sup> *Melior est iustitia vere praeveniens quam severe puniens*. Ohne Quellenangabe zit. von LIEBS, Lateinische Rechtsregeln Nr. M 36. Ein Beleg wäre C. 3,27,1 = CTh. 9,14,2 von 391 n. Chr.: *Melius est occurrere in tempore, quam post exitum vindicare*. Die spätantike Konstitution verlieh allerdings jedermann das Recht zu Widerstand und „Selbststrache“ (*ultio*) gegen Soldaten oder Zivilisten, die in Plünderungsabsicht in fremde Grundstücke eindringen oder auf Straßen einen Hinterhalt bereiten, um Reisende zu überfallen. Da ihre gerichtliche Bestrafung zu spät käme, sollten sie sogleich ihre verdiente Strafe erhalten und den Tod, mit dem sie Unschuldige bedrohten, selber erleiden. Ein Zeugnis für die Schwäche und Hilflosigkeit der spätantiken Zentralmacht, selbst ausreichend für die Sicherheit der Reichsuntertanen zu sorgen: Wacke, SZ 106 (1989) 479 f.

<sup>141</sup> PS 5,21,1 i. f.: Für Wahrsager Prügelstrafe und Ausweisung aus der Stadt, im Wiederholungsfalle Kerkerhaft (*vincula publica*) und Deportation auf eine Insel; LOVATO 1994, 116 f. (Bestraft wurden Zukunftsdeuter und sibyllinische Propheten, weil sie menschlichen Aberglauben ausbeuteten und Unruhe stifteten: L. DESANTI: *Sileat omnibus perpetuo devinandi curiositas* [Milano 1990] 54 ff., 116). – C. 6,1,4,2 (anno 317 n. Chr.): Wer einen entlaufenen



beschriebene Vorgehen gegen jugendliche Randalierer, die sich bei Volksfesten in manchen Städten zu geräuschvollen Beifallskundgebungen hinreißen lassen<sup>142</sup> (heutigen Fan-Clubs bei Sportveranstaltungen, „Hooligans“ vergleichbar). Wenn sie sich ansonsten nichts zu schulden kommen ließen, werden sie vom Präsidenten ermahnt und nach Verabreichung einer Tracht Prügel entlassen. Ein gegen sie zu verhängender Ausschluss von weiteren Theaterbesuchen dürfte sie besonders empfindlich getroffen haben. Im Wiederholungsfalle haben sie mit Verbannung, schlimmstenfalls (nach weiteren Auffälligkeiten) sogar mit der Todesstrafe zu rechnen.<sup>143</sup> Von der Hinrichtung im Extremfall abgesehen, handelt es sich um Koerzitionsmaßnahmen gegen jugendliche Unruhestifter, die noch einer Erziehung fähig sind, um die öffentliche Ruhe und Ordnung aufrecht zu erhalten.

4. Gleichfalls um Erziehungsmaßnahmen, aber nicht eigentlich um kriminelles Unrecht geht es in D. 1,16,9,3: Zurechtweisung von Kindern oder Freigelassenen, welche ihren Eltern oder Freilassern gegenüber den gebührenden Gehorsam verweigern.<sup>144</sup> Für den zweiten Fall ausführlicher D. 37,14,1: wegen ungebührlichen Betragens undankbarer Freigelassener gegenüber ihren Patronen abgestufte richterliche Zuchtmaßnahmen, zunächst Rüge, unter Androhung schlimmerer Sanktionen für den Wiederholungsfall.

5. Zwecks Wahrung der Disziplin in der zivilen Verwaltung empfiehlt Ulpian D. 48,19,6,1 dem Prokonsul, Sklaven des eigenen Gefolges oder der ihm untergebenen Hilfsbeamten wegen irgendwelcher Vergehen umgehend selbst zu bestrafen und dies nicht seinem Nachfolger zu überlassen (vermutlich sind staatliche Sklaven gemeint, die trotz des jährlichen Wechsels der

---

fremden Sklaven vor dessen Herrn in seinem Hause verbirgt, schuldet ihm außer dessen Rückgabe einen gleichwertigen dazu. Beim zweiten Mal schuldet er zwei, beim dritten drei Sklaven oder deren Wert. – Ähnlich C. 10,20,1 (anno 400 n. Chr.): Rückzahlung des Doppelten von zuviel eingetriebenen Abgaben; im Wiederholungsfalle sogar Todesstrafe. – Kein eigentlicher Rückfall ist die in D. 48,19,28,12 vorgesehene Strafschärfung für Wegelagerer (*grassatores*), falls sie gewohnheitsmäßig und bewaffnet auf Beute ausgehen; vgl. BONINI (o. Fn. 74) 100; MORGESE, SDHI 49 (1983) 170 f. – Weitere Quellen bei CARDASCIA (u. Fn. 153) 668.

<sup>142</sup> Dazu BONINI, Callistrato (o. Fn. 74) 101; VANZETTI: *Iuvenes turbulentii*, Labeo 20 (1974) 77–82; GEBHARDT: *Prügelstrafe* 20 ff.; SAAVEDRA-GUERRERO: *Iuvenes en las collegia del Occidente Romano*, in: *Atene e Roma 41* (1996) 24–31; S. RANDAZZO: *Collegia iuvenum*, SDHI 66 (2000) 205 ff.

<sup>143</sup> “Si amplius nihil admiserint nec ante sint a praeside admoniti, fustibus caesi dimittuntur aut etiam spectaculis eis interdicuntur. quod si ita correcti in eisdem deprehendantur, exilio puniendi sunt, nonnumquam capite plectendi, scilicet cum saepius seditiose et turbulente se gesserint et aliquotiens adprehensi tractati clementius in eadem temeritate propositi perseveraverint.”

<sup>144</sup> Im vereinfachten, nicht förmlichen (*de plano*) Verfahren der ‘*iurisdictio voluntaria*’: A. DELL’ORO: *I libri de officio* (Milano 1960) 129 f.; WACKE, SZ 106 (1989) 199. Vgl. heute § 1631 Abs. 3 BGB.

Verwaltungsspitze ihre subalterne Funktion beibehalten). Sofortige Bestrafung sei nötig, damit die durch das Strafexempel Eingeschüchterten weniger straffällig würden (*quod quidem faciendum est, ut exemplo deterriti minus delinquant*). Dem Wortlaut nach eine Maßnahme der Spezialprävention, wird die „exemplarische“ Bestrafung von potentiellen anderen Tätern aber auch als generelle Warnung verstanden worden sein (vgl. zur militärischen Disziplin oben V 8).

Spezial- und Generalprävention sind naturgemäß nicht deutlich voneinander abzugrenzen. Nach D. 27,9,9 (*Ulpiani libro 5. opiniones*;<sup>145</sup> vermutlich auf ein spätklassisches Kaiserreskript zurückgehend) gestattete der Provinzgouverneur einem Vormund entsprechend der *oratio Severi* von 195 n. Chr. die Veräußerung eines Mündelgrundstücks. Der Vormund kaufte dann das Grundstück unter Einschaltung eines Strohmannes heimlich für sich selbst. Ein solches gegen die *bona fides* verstoßendes Geschäft und nichtig.<sup>146</sup> Der Gouverneur (im konkreten Fall sein Amtsnachfolger) soll nach Entdeckung der missbräuchlichen Machenschaft des Tutors überdies „pflichtgemäß erlassen, inwieweit er solch einen listigen Winkelzug auch zur Abschreckung bestrafen müsse“ (*aestimabit, quatenus tam callidum commentum etiam in exemplum coercere debeat*): eine inhaltlich nicht konkretisierte Disziplinarmaßnahme der Obervormundschaft als Aufsichtsbehörde (die auch in einer Entlassung des Vormunds aus dem Amt bestehen konnte).

Ein Untersuchungsrichter (Irenarch)<sup>147</sup> muss nach Antoninus Pius D. 48,3,6,1 gefangen genommene Straßenräuber über etwaige Helfershelfer und Hehler verhören. Das Vernehmungsprotokoll hat er sorgfältig abzufassen und dem Statthalter zu übersenden. Hat der Irenarch das Protokoll ordentlich angefertigt, soll ihn der Statthalter belobigen. Wurde es aber wenig sorgsam aufgesetzt, unter Weglassung von Beweismitteln, soll der Statthalter vermerken, dass der Irenarch unzureichend Bericht erstattet habe. Findet der Statthalter hingegen, dass der Irenarch die Vernehmung absichtlich schlecht durchführte oder Aussagen protokollierte, die der Verhörte gar nicht gemacht hat, dann soll er ihn „exemplarisch bestrafen, damit er solches künftig nicht nochmals versuche“ (*vindicet in exemplum, ne quid et aliud postea tale facere molitur*). Die der Art nach nicht näher konkretisierte Disziplinarstrafe

<sup>145</sup> Dazu B. SANTALUCIA: *I libri opinionum di Ulpiano I* (Milano 1971) 77 ff., vgl. II 230.

<sup>146</sup> D. 26,8,5,3; SANTALUCIA I 79; WACKE: Selbstkontrahieren im römischen Vertretungsrecht, in: *Iuris professio*, Festgabe M. Kaser zum 80. Geburtstag (Wien u. a. 1986) 302 f.

<sup>147</sup> Eigentlich „Friedensherrscher“; in der Provinz mit der Verbrechensverfolgung betraut. Zum Text s. MAROTTA (o. Fn. 52) 292 f. m. weit. Lit. Vermutlich ein Pendant zum lateinischen *latrunculator* in D. 5,1,61,1 (unten Fn 241). Mit „Frieden ist die innere Sicherheit der Provinz, ihre Säuberung von Räubern und Viehdieben gemeint: *ut pacata atque quieta provincia sit*, D. 1,18,13pr. (unten Fn. 239).

## Die Zwecke von Buße und Kriminalstrafe nach römischen Rechtsquellen – 447

bezweckt dem Wortlaut nach die Besserung des Gerügten, mithin Individualprävention.<sup>148</sup>

Bei guter Leistung verdient der zu beurteilende Irenarch vom Vorgesetzten jedoch Lob. Generell ist es nach Ulpian D. 1,1,1,1 die Aufgabe der Juristen, „die Menschen nicht nur durch Furcht vor Strafe, sondern auch durch Verheißungen von Belohnungen zum Guten zu führen“.<sup>149</sup> Dabei ist besonders an exemplarische Belohnungen zu denken,<sup>150</sup> nicht nur in Anerkennung der Leistungen des damit Ausgezeichneten, sondern auch zum Ansporn anderer. Belohnungen verheißt der Feldherr in anfeuernder Rede vor der Schlacht seinen Legionären für besondere Tapferkeit. Er selber durfte nach siegreicher Heimkehr mit einem ehrenvollen Triumphzug rechnen.<sup>151</sup> Zum negativen Recht des Strafens als Zufügung eines Übels müsste einer Anregung RUDOLPH VON JHERINGS zufolge als positive Kehrseite spiegelbildlich auch ein „Belohnungsrecht“ gehören.<sup>152</sup>

6. Fahnenflüchtige junge Rekruten (*tirones*) sollen schließlich, wenn sie nach einiger Zeit freiwillig zu ihrer Truppe zurückkehren, nach D. 49,16,3,9 von Strafe verschont werden. Erst nach ihrer zweiten Flucht soll man sie bestrafen. Insoweit gilt: „einmal ist keinmal“.<sup>153</sup> Dies ist ein Fall wohldurchdachter Kriminalpolitik.<sup>154</sup> Die Furcht vor Strafe soll junge Deserteure nicht von freiwilliger Rückkehr abhalten.<sup>155</sup> Schon die erste

---

<sup>148</sup> REIN 83; anders (da die Bestrafung „exemplarisch“ sein soll) GIOFFREDI: *Principi* 53.

<sup>149</sup> Entsprechungen bei Solon und Cicero zitieren BEHREND/KNÜTEL/KUPISCH/SEILER (1995) zdSt. Wie an der Redewendung „Vergelt's Gott“ erkenntlich, hat das Vergeltungsprinzip auch einen positiven Aspekt (vergeltend bedeutet hier eher ‚entgelten‘). Die Italiener sprechen von „funzione retributiva“. Retribuire bedeutet sogar in erster Linie vergüten, bezahlen, entlohnen.

<sup>150</sup> Vgl. KORNHARDT (Fn. 11) 44.

<sup>151</sup> A. PETRUCCI: *Il trionfo nella storia costituzionale romana* (Milano 1996).

<sup>152</sup> JHERING: *Der Zweck im Recht I* (Leipzig 1884) 181 ff. Ferner F. DE MARINI AVONZO, *Educare con la storia etc.*, in: *Annali de la Facoltà di Giurisprudenza di Genova* 18 (1980/81) 126 ff. Aus der aktuellen Diskussion E. SCHLÜCHTER: *Plädoyer für den Erziehungsgedanken* (Berlin 1994).

<sup>153</sup> Die altorientalischen Rechtsordnungen Assyriens und Babyloniens übten in noch weitergehendem Maße Nachsicht gegenüber dem erstmaligen Gesetzesverstoß: G. CARDASCIA: *L'indulgence pour la première faute dans les droits du Proche-Orient ancien*, in: *Estudios en homenaje Juán Iglesias II* (Madrid 1988) 651-674.

<sup>154</sup> Ähnlich wie gegenwärtig versucht wird, un versteuert im Ausland angelegte Gelder durch Gewährung von Straferlass für Steuerhinterziehung ins Land zurückzuholen.

<sup>155</sup> Tätige Reue findet sich ansonsten nicht in den römischen Quellen als Strafbefreiungsgrund. D. 48,10,19pr. = PS 5,25,1A handelt von der freiwilligen Abstandnahme von begonnener Münzfälschung. Ein entlaufener Sklave bleibt aber ein *fugitivus*, auch wenn er freiwillig zurückkehrte (D. 21,1,17,1), ein diebischer Sklave bleibt ein *fur*, auch wenn er die entwendete Sache zurückgab (D. 47,2,66): beide palingenetisch zusammengehörigen Ulpianstellen im Hinblick auf die Sachmängelhaftung des Sklavenverkäufers, mit identischer Begründung: *nemo enim tali peccato paenitentia sua nocens esse desinit*. „Bei solcher Untat hört trotz seiner Reue niemand auf, schuldig zu sein.“ *Poenitentia* findet sich sonst überwiegend im Privatrecht in der Bedeutung des Rücktritts von einem Rechtsgeschäft. Dazu jetzt A.

unerlaubte Entfernung von der Truppe zu bestrafen, hätte ausgesprochen kontraproduktiv gewirkt. Die Stärkung der eigenen Streitkräfte, nicht deren Schwächung durch strengste Bestrafung, musste das Ziel sein.<sup>156</sup>

### VII. Die Genugtuungsfunktion

Die spektakuläre Hinrichtung von Straßenräubern in D. 48,19,16,10 war für die Angehörigen nur ein schwacher Trost (oben V 7). Deutlichere Genugtuungsfunktion haben Geldbußen, welche *pro solacio* dem Verletzten zugesprochen werden; so bei Gaius D. 44,6,3: Die Strafe des Doppelten für die Weihung einer umstrittenen Sache an die Tempelgottheit soll dem Prozessgegner, nicht dem Fiscus zufallen, damit der Gegner sie als Genugtuung (*veluti solacium*) dafür bekomme, dass sich das Streitobjekt nun im Besitz eines Mächtigeren befindet (den man nicht verklagen kann).<sup>157</sup>

Dem durch die Straftat Verletzten Genugtuung und zugleich Ersatz zu verschaffen, ist die Aufgabe der (reinen oder gemischten) *actiones poenales*. Für tätliche oder verbale Verletzungen der Person gehört dazu insbesondere die *actio iniuriarum*.<sup>158</sup> Außerdem hat bei den zahlreichen Arbiträrklagen (hier besonders wegen Betruges und Erpressung) der Schädiger die Möglichkeit, durch eine Schadenswiedergutmachung (*restituere*) die ihn treffende Buße abzuwenden. Dieser mittelbare Zwang zur Reparation ist ein sinnreicher Mechanismus: Strafvermeidung durch Schadenswiedergutmachung ist ein alter, heute wiederentdeckter Gedanke, dem Zukunftschancen eingeräumt werden.

### VIII. Die Bestrafung des einen zum Vorteil des anderen?

Wie wir dem Paulustext von D. 24,3,36 entnehmen (oben V 5), darf die Bestrafung des einen nicht einem anderen zum Schaden gereichen. Andererseits lehrte aber auch Papinian, die Bestrafung des einen dürfe einem

---

RIEHELMANN: *Poenitentia: Reue und Bindung nach römischen Rechtsquellen* (Diss. Köln 2004).

<sup>156</sup> Zur kaiserlichen Begnadigung von Deserteuren WALDSTEIN 127 ff. Nach D. 49,16,5,8 verließ Hadrian einem (später zurückgekehrten) Überläufer zum Feind Straferlass, weil er viele Räuber gefangen nahm und Komplizen anzeigte; dazu V. GIUFFRÉ, *Latrones desertoiresque*, *Labeo* 27 (1981) 214-218. Aus dem praktischen Einzelfall ist entgegen GRÜNEWALD (o. Fn. 76) 24 nicht zu folgern, dass Aussteiger aus Räuberbanden generell mit Strafmilderung rechnen konnten (etwa ähnlich der umstrittenen aktuellen Kronzeugenregelung).

<sup>157</sup> A. WACKE: Die *potentiores* in den Rechtsquellen, *ANRW II* 13 (1980) 562, 594f.

<sup>158</sup> M. HAGEMANN: *Iniuria: Von den XII-Tafeln bis zur justinianischen Kodifikation* (Köln u. a. 1998) 226 ff.

anderen nicht zur Belohnung gereichen. Der letzte Satz<sup>159</sup> gibt jedoch zu Zweifeln Anlass; zumindest ist eine Unterscheidung geboten:

D. 29,5,15pr. (Marcianus libro singulari de delatoribus): Si sequens gradus ultus fuerit necem testatoris, an <a> priore hereditas ad illum transferatur? et ait Papinianus non esse hoc.<sup>160</sup> *nam poena illius praemium esse non debet.*

„Wenn der zweitrangig Berufene den gewaltsamen Tod des Testators rächte, geht dann die Erbschaft vom Erstberufenen auf ihn über? Papinian verneinte dies, *denn die Strafe für jenen darf ihm nicht zur Belohnung gereichen.*“

Der erstberufene Erbe kam nicht seiner Pflicht nach, den Mörder des Testators anzuklagen. Statt seiner erledigte der zweitberufene diese Aufgabe. Die Frage ist berechtigt, ob der zweite dafür an Stelle des müßigen ersten<sup>161</sup> die dem Fiskus verfallene Erbschaft erhält. Papinian verneinte die Frage. Seine ablehnende Entscheidung ist jedoch schwer zu begreifen.<sup>162</sup> Der Substitut stünde damit nicht günstiger, als wenn er die Ermordung des Testators ebenfalls nicht gerächt hätte. Papinian ist hier nicht nur extrem fiskusfreundlich, er gibt sich auch extrem idealistisch: Rächen soll der Substitut den Mord offenbar, ohne auf Vorteile zu spekulieren. Die Begründung ist fragwürdig: Es leuchtet nicht ein, weshalb denn nicht die Bestrafung des Gesetzesverletzers demjenigen zur Belohnung gereichen sollte, der sich rechtsgetreu verhielt. Das Gegenteil erscheint richtig. Dem Substituten (nach dem Vorbild der Delatorenprämien) einen finanziellen Anreiz zu geben, den Tod zu rächen, wäre effektvoller und ist deshalb rechtspolitisch erwünscht.<sup>163</sup> Papinian scheint zu vergessen, dass als Kehrseite des Strafrechts zur Aufgabe der Juristen auch eine gerechte Zuerkennung von Belohnungen gehört (D. 1,1,1,1; oben VI 5 a. E.). Dass die Bestrafung des einen nicht zur

---

<sup>159</sup> Als sprichwörtliche Rechtsregel aufgenommen von LIEBS (Fn. 93) Nr. P 60.

<sup>160</sup> Zu ergänzen ist <aequum> (MOMMSEN) oder (neutraler) <admittendum> (SCIALOJA); vgl. E. NARDI: *I casi di indegnità nel diritto successorio romano* (Milano 1937) 325. Zum Inhalt nimmt Nardi leider ebensowenig Stellung wie DALLA in seiner einschlägigen Monographie über das SC Silanianum.

<sup>161</sup> Nach P. VOCI: *Diritto ereditario romano I* (2. ed. Milano 1967) 486 könnte der institutus auch die Erbschaft ausgeschlagen haben.

<sup>162</sup> Dem Wesen der Ersatzerbschaft entsprechend rückt der Substitut, wenn er anstelle des Erstberufenen die Bedingungen für seine Sukzession erfüllt, in dessen Position ein (§ 2096 BGB). Deferiert wird ihm die Erbschaft auch beim Vorversterben des institutus, der dann gar nicht erbunwürdig werden kann. Papinian übersah, dass die Sukzession vom Zufall des Vor- oder Nachversterbens unabhängig sein sollte. Die Erbunwürdigkeit des Erstberufenen führt nach ihm zur Enterbung des gesamten Stammes. VOCI akzeptiert unkritisch Papinians Votum: Mit der Unwürdigkeit des Erstberufenen sei der Nachlass unwiderruflich zugunsten des Fiskus verfallen. Ersatzweise Berufene werden aber damit dem Testatorwillen zuwider für die Verfehlung des Erstberufenen bestraft.

<sup>163</sup> § 2341 BGB erstreckt darum die Anfechtungsbefugnis wegen Erbunwürdigkeit bewusst weit auch auf mittelbar Erbberechtigte.

Belohnung eines anderen führen dürfe, trifft zu, wenn beide Beteiligte Unrecht begingen.<sup>164</sup> Bei bloß einseitigem Verstoß ist die Bestrafung des einen zum Vorteil des anderen hingegen durchaus angemessen und aus den Quellen belegbar.<sup>165</sup> Ein Anfall der Erbschaft an den Substituten liegt im Sinne des Testators und wäre für den Ersatzerben keine unverdiente Belohnung; deren Versagung läuft vielmehr auf dessen ungerechtfertigte Bestrafung hinaus. Um „Strafe“ im technischen Sinne geht es hier freilich nicht, sondern um den Entzug der mit der Beerbung verbundenen Vorteile. Der wegen höchster ethischer Gesinnung ansonsten mit Recht gerühmte Papinian scheint diesen Fall (so er denn trotz offensichtlicher Textkürzung inhaltlich zutreffend überliefert ist) nicht gründlich genug durchdacht zu haben.

### IX. Zusammenfassende Betrachtungen

1. Im Rückblick auf die vorgeführten klassischen Rechtsquellen der Kaiserzeit bis zum Beginn des 3. Jh. n. Chr. können wir feststellen, dass alle vier Strafzwecke darin vorkommen; allerdings in unterschiedlicher Gewichtung. Der Abschreckungsgedanke überwiegt in ihnen deutlich in Gestalt des öfters sogenannten exemplarischen Strafsens.<sup>166</sup> Die Generalprävention erforderte beispielsweise eine Strafschärfung für bestimmte Verbrechen dort, wo diese häufiger begangen wurden (oben V 7) oder wo Nachahmungseffekte verhindert werden sollten (wie bei der Verabreichung schädlicher Medikamente oder bei der Feigheit vor dem Feind: oben V 10-11). Zur Rechtfertigung erklärten

<sup>164</sup> Bei beiderseitigem Verstoß gegen die guten Sitten lässt sich der Ausschluss der Rückforderung (§ 817 S. 2 BGB) aus diesem Grunde schlecht als Strafnorm für den Geber deuten. Nach herrschender Ansicht von der bloßen Versagung des Rechtsschutzes beruht der Kondiktionsausschluss bloß auf dem Besitzervorzug (*melior est condicio possidentis*).

<sup>165</sup> Marc Aurel bestrafte den Gläubiger wegen des Versuchs gewaltsamer Forderungseintreibung mit Anspruchsverlust zu Gunsten des Schuldners (*Decretum divi Marci*), D. 4,2,13; 48,7,7; BÜRGE: Zwischen Eigenmacht und Recht, *Festschrift Mayer-Maly* (2002) 65 ff., 74 ff. – Caracalla bestrafte den Kläger wegen Richterbestechung mit Klageverlust zum Vorteil des Beklagten, D. 3,6,1,3; 12,5,2,2; C. 7,49,1 (212); WACKE: Bonam sive malam causam habere, in: *Roman Law as Formative of Modern Legal Systems, Studies in Honour of W. Litewski II* (Kraków 2003) 217, 233 f. – Das Verbot der Darlehensgewährung an Hauskinder ist eine Strafnorm bloß für den Kreditgeber, nicht für das Hauskind. Mit dem Ausschluss der Rückforderung wird der Geber absichtlich zum Vorteil des bereicherten Kreditnehmers bestraft: D. 14,6,9,2; WACKE, SZ 112 (1995) 239, 299 f. – Als weiteres Beispiel siehe etwa D. 30,128: Heiratete ein Vormund verbotswidrig seine Mündelin, kann er sie nicht beerben, wohl aber sie ihn, weil bloß der Vormund durch Entzug des Erbrechts gestraft werden soll. – Bei der Auslegung von Verbotsgesetzen achteten die Juristen folglich genau darauf, welche Person gestraft werden soll. Zumindest in den beiden erstgenannten Fällen fällt die Bestrafung des Gegners dem anderen unverdient zu. Des einen Leid ist hier des anderen Freud'. Ein Verfall an die Staatskasse erschiene hier jedoch eher angemessen. Hier würde Papinians *Maxime* passen.

<sup>166</sup> Insoweit kann BUONAMICI gefolgt werden.

spätere Kaisererlasse die Hinrichtung eines überführten Täters für legitim (sogar für „human“), um vielen anderen das Fürchten zu lehren: *ut unius poenae metus possit esse multorum* (oben V 11). Solch persuasive Begründung sollte die Ernsthaftigkeit der Strafdrohung unterstreichen; man rechnete mit deren Akzeptanz bei einsichtigen Menschen. Überzeugungs- und Gesinnungstäter ließen sich davon jedoch vermutlich wenig beeindrucken. Und gegen Tätlichkeiten im Streit oder Affekt (*in rixa aut impetu*)<sup>167</sup> konnte die Abschreckungsidee naturgemäß wenig ausrichten.

2. Das zahlenmäßige Überwiegen der Abschreckungsidee sollte aber nicht zu dem Schluss verleiten, als sei der Vergeltungsgedanke zur Blütezeit des Prinzipats in den Hintergrund getreten, wenn nicht gar aufgegeben worden.<sup>168</sup> Dass Abschreckung zugleich Vergeltung bedeutet, schien den Juristen selbstverständlich. Beide Strafzwecke erwähnt beispielsweise Tryphonin D. 16,3,31pr. für den mit Verbannung und Vermögensverlust Bestraften nebeneinander (oben V 4). Ausdrücke für Vergelten, Rächen (*vindicare, ulcisci*) begegnen unverändert häufig auch im Vokabular der spätklassischen Juristen.

3. Der Besserungsgedanke ist in den Rechtsquellen hingegen wenig entwickelt.<sup>169</sup> Dies konnte auch kaum anders sein: Im Bereich der mit Todesstrafe sanktionierten Verbrechen sind die hervorstechenden Strafzwecke nun einmal Vergeltung und Abschreckung. Eine Strafaussetzung zur Bewährung kam schon deswegen nicht in Betracht, weil Freiheitsentzug nicht zu den anerkannten Strafarten gehörte.<sup>170</sup> Für den Besserungsgedanken blieb deshalb nur die leichtere Kriminalität übrig, besonders von Jugendlichen (im weiteren Sinne) und im zivilen und militärischen Disziplinarrecht (oben VI 4-5). Gegen Fahrlässigkeitstaten lässt sich mit dem Gedanken der Besserung und Erziehung zu größerer Sorgfalt wohl am meisten ausrichten (wie schon Gellius erkannte, vgl. oben I 2), z. B. gegen Brandverursachung, da „die meisten Brände aus Unvorsichtigkeit der Bewohner entstehen“.<sup>171</sup> Fest umrissene Tatbestände wurden hierfür nicht beschrieben. Aus der Pädagogik bekannte Ausdrücke des Ermahnens (*admonere, exhortare*, auch *coercere*) erinnern an die Sittenaufsicht der republikanischen Zensoren.<sup>172</sup> ‚*Emendare*‘ wird zuweilen

---

<sup>167</sup> Dazu WACKE, RIDA 26 (1979) 541 ff.

<sup>168</sup> Von einem Umschwung, einer Wende, würde ich entgegen GIOFFREDI, Principi 54 f. nicht reden. Wie hier auch M. HUMBERT 137 ff. NAGLER betonte ein generelles Hervortreten des Vergeltungsgedankens insoweit zu Recht (oben II 2). Als unproblematisch erschien er den klassischen Juristen keiner Rechtfertigung bedürftig.

<sup>169</sup> Oben VI 1 ff. Ebenso NAGLER 154.

<sup>170</sup> Vgl. TH. KRAUSE: *Geschichte des Strafvollzuges* (Darmstadt 1999).

<sup>171</sup> *Quia plerumque incendia culpa fiunt habitantium*: D.1,15,3,1 und 3–4; WACKE, RIDA 26 (1979) 552 ff.

<sup>172</sup> Allmählich übernahm die staatliche Gesetzgebung deren Aufgabe der Kontrolle der

im Hinblick auf Mitmenschen verwendet, wo deren Abschreckung gemeint ist (oben VI 2). Spezialprävention und Generalprävention lassen sich naturgemäß nicht immer deutlich unterscheiden (VI 5 und unten 10 m. Fn. 211).

4. Genugtuungsfunktion haben die zahlreichen privaten Bußklagen (oben III). Ihr Ziel ist Ausgleich der erlittenen Schmach für den Verletzten. Zukunftserwägungen treten bei ihnen in den Hintergrund, vor allem der Besserungsgedanke. Ihr Drohen schützt gleichwohl alle potentiellen Opfer (oben V 1). Ihre präventiven Wirkungen verteidigten darum die Juristen, indem sie Vereinbarungen über einen Straferlass oder über einen Strafersatz durch einen Dritten (Anstifter) vor Tatbegehung als sittenwidrig für unzulässig erklärten (oben V 2-3).

Für Mord und Totschlag wurden private Blutrache und Fehde bemerkenswert früh von den Römern zurückgedrängt (in bezeichnendem Unterschied zu germanischen und nordischen Völkern). Die Angehörigen waren darauf verwiesen, die Bluttat durch Anklage „auf dem Forum zu rächen“ (YAN THOMAS). Ebenfalls anders als bei den Germanen bekam der Ankläger oder seine Sippe kein Wergeld zugesprochen. Die Angehörigen erhielten nur ideelle Satisfaktion durch die öffentliche Hinrichtung des Mörders. Bei gemeingefährlichem Raubmord wurden die Zwecke der persönlichen (symbolischen) Genugtuung und der Abschreckung durch die besondere Art der Hinrichtung und die Wahl der Richtstätte verschärft (oben V 6).

5. Die Abschreckungsfunktion sieht sich wegen ihrer Neigung zu übergroßer Strenge der Kritik ausgesetzt. Exemplarisches Strafen kann als Instruktion an den Richter gedeutet werden, wegen der Wirkung auf die Allgemeinheit keine Milde walten zu lassen. Dieser Gefahr begegneten die Römer jedoch durch das Postulat der schuldangemessenen Strafe. *Cavendum est, ne maior poena quam culpa sit*, forderte schon Cicero (*De officiis* 1,25 a. E.). Der Spätklassiker Marcian lehrte in seiner berühmten „*lex Perspicendum*“ D. 48,19,11pr.: Der Richter müsse darauf achten, keine härtere oder mildere Strafe zu verhängen, als die Tat erfordert...: „Die Herstellung des rechtlichen Ebenmaßes, die in dieser goldenen Bestimmung dem Richter mit höchstem sittlichen Ernst auf das Gewissen gebunden wird, hat ihr seit alters den Ruhm eines besonderen Gerechtigkeitspalladiums eingetragen.“<sup>173</sup> Trunkenheit konnte sich

---

öffentlichen Moral; s. z. B. F. GRELL: La correctio morum nella legislazione Flaviana, *ANRW II* 13 (1980) 340-365.

<sup>173</sup> So gewürdigt von NAGLER 142 m. weit. Nachw. Gleichsinnig für extraordinary Bestrafung D. 48,19,13 i. f.: *ita ut in utroque* (bei der Strafschärfung ebenso wie bei der Milderung) *moderationem non excedat*. Von *poenam moderare ad modum culpae* spricht Hadrian im Prell-Unfall Collatio 1,11,3 (oben VI 6). Der Ausdruck *digna poena* begegnet gleichfalls seit Marcian in D. 48,13,4,2 und 49,14,18,9, bei Alexander Severus in D. 9,22,3 (anno 227) sowie viermal in den Codices. Eine gleichsinnige Maxime des kanonischen Rechts lautet *Poena debet commensurari delicto*: LIEBS, Lat. Rechtsregeln Nr. P 55.



## Die Zwecke von Buße und Kriminalstrafe nach römischen Rechtsquellen – 453

strafmildernd auf das Schuldvorwurf auswirken.<sup>174</sup> Ein schuldunfähiger Mörder war, wenn gefährlich, nach Marc Aurel zum Schutze seiner selbst und anderer Menschen in Sicherheitshaft zu nehmen.<sup>175</sup>

6. *Exemplum* (abgeleitet von *eximere* ‚herausnehmen, hervorheben‘) ist hier nicht das zu didaktischen Zwecken *demonstrandi* oder *illustrandi causa* gebildete Kathederexempel oder Übungsbeispiel, auch nicht eigentlich das Präjudiz für künftig zu entscheidende Rechtsfälle. *Exemplum* ist eher eine Maßregel, ist die als Reaktion auf ein begangenes *malum* oder *pessimum* *exemplum* statuierte warnende Strafmaßnahme. ‚In *exemplum*‘ heißt auf deutsch übersetzt „zur Abschreckung“.<sup>176</sup> Auf *bona exempla* wies man lobend hin als wegweisende, nachahmungswürdige Taten.<sup>177</sup> Um umgekehrt *mala exempla* nicht durchgehen zu lassen, schritt man gegen sie exemplarisch ein. Im literarischen Latein begegnet für das warnende Beispiel auch der Ausdruck *documentum* (von den Juristen in diesem Sinne gemieden). Dabei ist weniger an schlichten Vollzug von Strafgesetzen gedacht,<sup>178</sup> als vielmehr an ein weithin autonomes Vorgehen (besonders in der Sprache von Kaisererlassen). Da es um die Publikation der zahlreichen Einzelgesetze schlecht bestellt war und Gesetzessammlungen nicht existierten,<sup>179</sup> beruht die beabsichtigte abschreckende Wirkung weniger auf vorauszusetzender Gesetzeskenntnis<sup>180</sup> als vielmehr auf der Publizität der Strafvollstreckung, zu der man das Volk durch Hornsignal zur Teilnahme aufrief;<sup>181</sup> durch deren Ausgestaltung suchte man die

---

<sup>174</sup> Für ‚*impetu*‘ verübte Gewalttaten (D. 48,19,11,2) WILLVONSEDER (Fn. 97) 887; bes. A. WATSON: Drunkennes in Roman Law, *Festgabe von Lübtow* (Berlin 1970) 381-387.

<sup>175</sup> D. 1,18,14; J. E. SPRUIT, in: *Maiores viginti quinque annis* (Utrecht 1979) 132 ff.; O. DILIBERTO: *Studi sulle origini della cura furiosi* (Napoli 1984) 8 f.

<sup>176</sup> S. Langenscheids Lat.-deutsches Großwörterbuch. Mit nur vier Stellen begegnet in *exemplum* in den Rechtsquellen ziemlich selten: Ulp. D. 27,9,9; Marci. D. 48,3,6,1; Alex. C. 4,55,4,1 (224); Grat./Val. C. 10,11,6 (382). ‚*Ad exemplum*‘ ist hingegen mit 71 Texten unvergleichlich häufiger. Hinzukommt gleichbedeutend *exemplo* (180 Stellen), z. B. Macer D. 48,19,10pr: *In persona servorum ita observatur, ut exemplo humiliorum puniantur*.

<sup>177</sup> KORNHARDT 65 ff.: *Exempla* im römischen Staatsrecht, ihr Einfluss auf Sitte und Lebensart etc. Sogar Sammlungen von *exempla* waren in Umlauf.

<sup>178</sup> Der neuzeitliche Grundsatz *Nulla poena sine lege* galt im antiken Strafrecht ohnehin nur mit erheblichen Abstrichen, s. LIEBS 1980, 118 ff., 122 ff.

<sup>179</sup> M. BRETONE: *Geschichte des römischen Rechts* (übersetzt von B. GALSTERER, München 1992) 129. Mangelnder Zugang zu verlässlichen Rechtsquellen sogar für Richter führte in der Spätzeit zum Erlass des Zitiergesetzes von 426; s. zuletzt H. WIELING, *Festschrift Mayer-Maly* (2002) 866 ff.

<sup>180</sup> Über Unkenntnis im Strafrecht siehe z. B. A. GUARINO, *Pagine di diritto romano VII* (Napoli 1995) 266–298 (zuerst 1942).

<sup>181</sup> DE ROBERTIS 1987, 15. – Parallele: In mittelalterlichen Städten läutete zur öffentlichen Hinrichtung die Armesünderglocke; vom preußischen Strafgesetzbuch von 1851 in § 8 Abs. 5 ausdrücklich vorgeschrieben. „Armer Sünder“ (im kanonischen Recht *miser peccator*) hieß der zum Tod Verurteilte. S. LIEBERWIRTH, Art. Armesünder, HRG I (1971) 229; ERLER, Art. Glocke, ebenda 1706 f.

abschreckende Wirkung möglichst zu steigern.<sup>182</sup> Während Justinian den Richter ermahnt, nach den Gesetzen und nicht nach früher entschiedenen Fällen zu urteilen (*non exemplis, sed legibus iudicandum est*),<sup>183</sup> sollen sich doch andererseits die Menschen in ihrem künftigen Verhalten gerade nach diesen Strafexemplen richten. In Dantes gehobener Dichersprache begegnet hieraus abgeleitet das italienische Wort *scempio* als ‚verheerendes Blubad, Gemetzel, qualvolle Marter, grausame Strafe‘.<sup>184</sup>

7. „Die angeblich neu erfundene Zweckstrafe [dies bemerkte KARL BINDING mit kritischem Blick auf FRANZ VON LISZT]<sup>185</sup> ist natürlich so alt wie die Strafe selbst und ihre Theorien. In sehr vielen von ihnen... steckt ein Kern ewiger Wahrheit.“ Die römischen Juristen und Kaiser huldigten keiner bestimmten Straftheorie. Obwohl Ulpian D. 1,1,1,1 von den Juristen behauptet, sie betrieben die *vera philosophia*,<sup>186</sup> haben diese doch im Gegensatz zu den zeitgenössischen Philosophen über Sinn und Zweck der Strafe nicht zusammenhängend nachgedacht. Ihre Schriften bestehen aus kasuistischen Sammlungen von *exempla*. Ihre Abneigung gegenüber dem Theoretisieren zeigt sich gerade hier. Eine Hinterfragung der Strafe nach ihrem Sinn und Zweck, losgelöst von konkreten Fällen, erschien ihnen als unfruchtbare Gelehrsamkeit. Die Quellen enthalten nur angewandte Jurisprudenz. Dabei wird in eklektischer Weise bald dieser, bald jener Strafzweck herausgegriffen, zuweilen werden auch zwei miteinander gehäuft;<sup>187</sup> nie aber werden mehrere zusammen betrachtet und ihre Vor- oder Nachteile gegeneinander abgewogen. Zu einer Maxime wie der des Seneca *non quia peccatum est, sed ne peccetur* (oben I 1) fand sich in juristischen Quellen nichts Vergleichbares. Die philosophischen Gründe der Strafsens an sich haben sich den Juristen nicht zum Problem gestellt. Möglicherweise waren die Philosophen den Juristen um einen Schritt voraus. Der eingangs erwähnte Eindruck, dass die wissenschaftliche Bearbeitung des Strafrechts noch in den Anfängen steckte, hat sich bestätigt. Die Berücksichtigung der Strafzwecke obliegt allerdings primär dem mit der

<sup>182</sup> MOMMSEN: *Strafrecht* 915; KORNHARDT (o. Fn. 11) 48. – Frauen wurden zwar zu Bergwerksarbeit verurteilt: D. 48,19,8,8. Die Todesstrafe wurde an Frauen jedoch nicht öffentlich vollstreckt: MOMMSEN: *Strafrecht* 928 f. Wegen der im Durchschnitt geringeren kriminellen Energie von Frauen (o. Fn. 115) trat der Abschreckungsgedanke insoweit in den Hintergrund. Ein öffentliches Bloßstellen der Todeskandidatin widersprach offenbar dem Anstandsgefühl.

<sup>183</sup> C. 7,45,13 (anno 529); M. KASER: *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode* (Wien u. a. 1986) 42 ff.

<sup>184</sup> Belege bei KORNHARDT 48. Eigentlich „una strage tale da servire d'esempio“: M. CORTELAZZO/P. ZOLLI: *Dizionario etimologico della lingua italiana V* (Bologna 1988) s. v.

<sup>185</sup> BINDING: *Grundriss des deutschen Strafrechts Allg. Teil* (7. Aufl. 1907) § 85 S. 203.

<sup>186</sup> D. NÖRR: *Iurisperitus sacerdos*, in: *Xenion. Festschrift Pan. J. Zepos* (Athen/Freiburg i. B. 1973) 555 ff., bes. 564 ff., 569 ff.

<sup>187</sup> Abschreckung und Vergeltung in D. 16,3,31pr. (oben V 4); Abschreckung und Genußtuung in D. 49,19,28,15 (oben V 6).

Urteilsfindung im Einzelfall befassten Richter; die *iurisconsulti* betrachteten dies ebensowenig als ihre Aufgabe wie die Beweiswürdigung. Hinweise auf einzelne Strafzwecke in Juristenschriften und Kaiserkonstitutionen erscheinen zwar nicht unpassend,<sup>188</sup> sie enthalten etwas Belehrendes. Sie sollen der Strafdrohung Nachdruck verleihen, wollen überzeugen (der Zweckangabe in Präambeln moderner Gesetze vergleichbar); sie könnten aber (der *Maxime Lex imparat, non disputet* entsprechend) auch fehlen. Moderne Straftatbestände enthalten keine ausdrückliche Angabe ihres Zwecks; stattdessen definieren sie die Elemente der Straftat viel präziser. Die römischen Strafvorschriften enthalten eher ein Täterstrafrecht;<sup>189</sup> deren Präzisierung ist dann die Aufgabe der Juristen. In Ermangelung eines präzisen Analogieverbots (Fn. 178) unterscheidet sich die Aufgabenverteilung zwischen bloßer Normzweck-Angabe durch den Gesetzgeber und hermeneutischer Verdeutlichung durch die Juristen nicht grundlegend von deren konkretisierender Arbeit an anderen Verbotsgesetzen.<sup>190</sup>

8. Die vorstehenden Ausführungen sollten nicht den Eindruck erwecken, als hätten die Juristen das Strafrecht ganz unwissenschaftlich dargestellt. Methodisch lassen sich einzelne Maximen oder *praecepta* ausmachen, von denen sie sich beim Vergleich diverser *causae poenales* leiten ließen. Ihre oberste Devise war, dass Missetaten nicht ungestraft bleiben dürfen.<sup>191</sup> *Ne*

---

<sup>188</sup> Nur in D. 48,19,1 nicht über jeden Zweifel erhaben (oben VI 1). – Unerlässlich sind sie, wo Strafe für unabdingbar erklärt wird wie in D. 2,14,27,4: *expedit timere furti vel iniuriarum poenam* (oben V 2).

<sup>189</sup> Als Tätertypen werden z. B. genannt der Mörder (wie in § 211 StGB): *sicarius, paricida, homicida* – Räuber: *praedo, latro raptor* – Menschenräuber: *plagiarius* – Giftmischer: *veneficus* – Dieb: *fur* – etc. Auch bei verbaler Beschreibung der strafbaren Handlung wird die Präzision gegenwärtiger Tatbestandstechnik nicht erreicht und wohl auch nicht angestrebt.

<sup>190</sup> Zur Auslegung des *SC Macedonianum* s. beispielhaft WACKE, SZ 112 (1995) 315 f.

<sup>191</sup> Dazu grundlegend BÖRSCH 2003. Seinen Ausführungen ist hinzuzufügen D. 47,10,15,35: *ipsi servo facta iniuria inulta a praetore relinqui non debuit*: Die einem (fremden) Sklaven selbst zugefügte Injurie darf der Prätor nicht ungerächt lassen, zumal wenn sie mit Schlägen oder durch Folterung verübt wurde. Diese Art von *iniuria* (d. h. körperliche Schmerzen, hier im Gegensatz zu Ehrverletzungen) spürt nämlich auch ein Sklave. Wegen der einem Sklaven und dadurch mittelbar dem Herrn zugefügten Injurie hatte der Herr eine im Edikt proponierte Klage *suo nomine* (LENEL, EP<sup>3</sup> 401). Keine *actio* gab es jedoch nach Gaius 3,222 i. f. bei einer dem Sklaven selbst zugefügten Injurie. Gegen das Verprügeln oder Foltern eines fremden Sklaven (vgl. D. 47,10,15,43) soll der Prätor dennoch rächend einschreiten, lehrt Ulpian: vermutlich *extra ordinem* im Rahmen seiner Koerzitions Gewalt (welche bis zur vergeltenden Auspeitschung des Übeltäters gehen konnte). Da ein Sklave mangels Parteifähigkeit nicht klagebefugt ist, handelt es sich gewissermaßen um ein „objektives Verfahren“ ohne Ankläger, ähnlich den *de plano*-Verhandlungen (falls nicht der Herr seinem Sklaven beistand). Gegen allzu strenge Züchtigung durch ihre Herren gewährten die *principes* den Sklaven ein Beschwerderecht, s. KASER, RP I<sup>2</sup> 285 f. Dementsprechend durften sich Sklaven Ulpian zufolge beim Prätor auch beschweren, wenn sie von fremder Seite eine *atrox iniuria* erlitten hatten. Eine dem Täter auferlegte Buße müsste billigerweise dem Pekulium des geprügelten Sklaven zugute kommen, so wie heutzutage das einem Ehegatten zuerkannte Schmerzensgeld zu dessen Vorbehaltsgut erklärt werden sollte. Das

*maleficia maneat impunita*: Mit diesem Argument<sup>192</sup> ließen sich für das Rechtsgefühl untragbare Lücken innerhalb der unzureichend kodifizierten Buß- und Straftatbestände schließen – allerdings wurde mit diesem Argument keine Kapitalstrafe verhängt.<sup>193</sup> „Strafe muss sein“: Anstelle einer wegen Zahlungsunfähigkeit uneintreibbaren Strafe oder Geldbuße wurde ersatzweise Körperstrafe verhängt.<sup>194</sup> – Zweitens wird in einer größeren Zahl von *topoi* vergleichsweise festgestellt, dass wegen größeren Unrechts oder schwererer Schuld bestimmte Täter für Vergehen gleicher Art härter zu bestrafen waren: Sklaven härter als Freie, Infame härter als Unbescholtene, Soldaten härter als Zivilisten, Verbrechen gegen Ranghöhere oder gegen Eltern schärfer als gegen andere, u.s.w.<sup>195</sup> Hierin zeigen sich Ansätze zu einer planvollen Kriminalpolitik.<sup>196</sup>

Fragment D. 47,10,15,35 wird teilweise anders erklärt von F. RABER: *Grundlagen klassischer Injurienansprüche* (Wien u. a. 1970) 83 ff. und HONORÉ, in: *Le monde antique* (unten Lit. bei Robinson 1998) 237 f.

<sup>192</sup> Die Glossatoren brachten die Devise mit dem stattlichen Interesse in Verbindung und fügten *interest rei publicae* hinzu, s. LIEBS, Lat. Rechtsregeln Nr. J 117. – Dass Julian „sogar im Privatrecht am Abschreckungsgedanken durch Strafe festhält“, ist nicht so auffällig, wie LIEBS an anderer Stelle (im Handbuch, o. Fn. 9, S. 105) meint. Zur offenbar in Bezug genommenen Julianstelle D. 9,2,51,2 über die überholende Kausalität bei der Sklaventötung nach der *lex Aquilia* s. eingehend BÖRSCH 28–47. Zu *metu poenae* (auch im Privatrecht verwendet) o. Fn. 41.

<sup>193</sup> Eine Ausnahme gilt, wo der Kaiser als Setzer neuen Rechts eine derartige Formel zur Begründung verwendet, wie Justinian mit seinen drakonischen Strafandrohungen im wortreichen Erlass von 533 n. Chr. gegen Frauenraub (*De raptu virginum* etc.) C. 9,13,1,1: *Ne igitur sine vindicta talis crescat insania, sancimus...* „Damit nicht solch rasende Begierde mangels Bestrafung etwa zunehme, verordnen wir...“; dazu R. BONINI: *Ricerche di diritto giustiniano* (2. ed. Milano 1990) 169 ff.

<sup>194</sup> GEBHARDT 1994, 69 ff. An sich ist allerdings „schon ein einziger Peitschenhieb [da Schmerzen verursachend] schlimmer als jede Geldstrafe“: D. 48,19,10,2 i. f.; LIEBS, Lat. Rechtsregeln Nr. P 54. In der Ersetzung der Geldstrafe durch eine Körperstrafe liegt darum eine graduelle Verschärfung. Auch im deutschen Strafrecht galt der Grundsatz: „Wer nichts im Beutel hat, muss mit der Haut bezahlen,“ oder umgekehrt: „Qui peut payer en argent, ne paie en son corps“ (Loisel); s. GRAF/DIETHERR (Fn. 35) S. 321 Nr. 254–260. Dem insolventen Verurteilten mag es gelingen, seine Auspeitschung dadurch abzuwenden, dass nahestehende Personen den verwirkten Geldbetrag für ihn aufbringen. Darin liegt keine unzulässige Strafvereitelung. Nur vor Tatbegehung wäre ein Versprechen der Schadloshaltung nichtig, vgl. o. Fn. 47. – Dass nur öffentliche Kriminalstrafen bei Uneinbringlichkeit durch Prügel ersetzt worden seien (wie BELLEN [u. Fn. 205] S. 60 beiläufig behauptet), dürfte nicht zutreffen. Mit der Auspeitschung des Schuldigen muss sich der Verletzte anstelle der uneinbringlichen Geldbuße *pro solacio* begnügen; vgl. oben VII. Beging ein Sklave ein Injurie, konnte ihn der mit der *actio iniuriarum noxalis* verklagte Herr dem Beleidigten zur Auspeitschung ausliefern: KASER, RP I<sup>2</sup> 632; GEBHARDT 243 ff. Mit der Verabreichung der Prügel konnte der Beleidigte „sein Mütchen kühlen“; damit empfang er nach Ulpian D. 47,10,17,6 seine *satisfactio*. Wenn Sklaven Ärzte oder Grammatiklehrer beleidigten, waren sie nach Konstantin C.Th. 13,3,1 von ihrem Herrn in Gegenwart des Beleidigten (*coram eo*) zu züchtigen

<sup>195</sup> Etwa D. 48,19,28,16; D. 49,16,6,1; zu Soldaten GIUFFRÈ, *ANRW II 13* (1980) 259 ff. Zu diesen *variazioni delle pene* eingehend DE ROBERTIS: *Scripti III* (1987) 403 ff., 525 ff.

<sup>196</sup> Rechtspolitisches Argumentieren war den römischen Juristen keineswegs fremd: BÖRSCH

9. Dass nicht ein einziger Strafzweck verabsolutiert wurde, beweist immerhin Entwicklungsbereitschaft und lebensnahen Realitätssinn. Hieraus erklärt sich, dass Exegeten seit dem 18. Jh. bald diesen, bald jenen Zweck als den vorherrschenden aus den Quellen herauslesen zu können meinten. Hätte man aber die antiken Juristen gefragt, was von der Vereinigungstheorie zu halten sei, so hätten sie vermutlich nicht widersprochen. Auch JACOB CUJAZ (1520-1590), den großen Kommentator des Corpus iuris civilis, kann man als Anhänger der Vereinigungstheorie bezeichnen. Einleitend zu *De poenis* gibt er (unter gemischter Anführung literarischer und juristischer Belege) folgende, aus antiken Quellen zusammengestellte Begriffs- und Zweckbestimmungen:

*Poena est delictorum sive criminum coercitio, inducta ad disciplinae publicae emendationem; et ut exemplo ceteri deterreantur; et non quia peccatum est, sed ne peccetur: nec enim tam ad praeterita quam ad futura poena refertur...*<sup>197</sup>

*Poena est aestimatio delicti vel supplicium peccati... Imponitur vero, vel ut sublatis malis ceteri vivant securiores, vel ut is qui punitur emendetur..., ut ceteri deterreantur...vel ut unius exemplo plurimi corrigantur...*<sup>198</sup>

Losgelöst von konkreten Sachverhalten, sind solche synkretistischen Kompilationen kennzeichnend für eine gewandelte Methode. Zu einer kritischen Evaluation einzelner Strafzwecke drang aber CUJAZ noch nicht vor.

### *X. Weitere Entwicklungen*

1. Von christlichem Einfluss war in den hier betrachteten Quellen entgegen BIONDI (1954 S. 426 ff.) noch nichts zu spüren. ‚*Peccare*‘ (fehlen), schon bei Seneca vorkommend,<sup>199</sup> bedeutet nicht nur ‚sündigen‘, nicht nur gegen göttliche, sondern auch gegen weltliche Gebote verstoßen. Das kanonische Recht stellt die *poenae medicinales seu censurae* den *poenae expiatoriae* voran.<sup>200</sup> Biondi glaubte, Ansätze dazu schon in unseren früheren Quellen

---

112 f. – Im Bereich der von W. WALDSTEIN 1964 eingehend untersuchten Quellen zum römischen Begnadigungsrecht finden sich Hinweise auf den Zweck der Strafe hingegen wider Erwarten auffallend selten.

<sup>197</sup> *Jacobi Cujacii Opera* (Ausgabe Prati 1837/39) tomus III p. 312 (*In libros quinquaginta Digestorum*, tit. 49,19).

<sup>198</sup> Ebenda tomus VIII p. 1370 ff., hier mit reichen Angaben zu jeder der genannten Maximen.

<sup>199</sup> In den Rechtsquellen 66 Mal, davon in den Digesten 16 Mal (bei Gaius 2x, sonst bei den Spätclassikern Paulus, Ulpian und Modestin). Die Echtheit des Ausdrucks verteidigt zutreffend RABER (o. Fn. 191) 49. *Ex peccato* heißt soviel wie *ex delicto*, z. B. in Modestin D. 44,7,52,8. Die Konnotation ‚Sünde‘ nahm das Wort wohl erst unter dem Einfluss der christlichen Morallehre und der Beichtjurisprudenz an.

<sup>200</sup> *Codex iuris canonici* von 1983, can. 1312 ff., entsprechend der ältere *Codex* von 1917,

ausfindig machen zu können. Aber schon diese Terminologie ist den römischen Rechtsquellen fremd.<sup>201</sup> Eine kirchliche Strafgewalt kommt erst mit der Anerkennung des Christentums unter Konstantin auf. Konstantin beseitigt zwar die Strafe der Kreuzigung (oben Fn. 75). Christlicher Einfluss wirkte jedoch keineswegs in Richtung auf Mäßigung. Senecas von der Stoa geprägtes Buch über die Milde (*De clementia*)<sup>202</sup> ließ die klassischen Juristen nicht unbeeindruckt.<sup>203</sup> Ihrer Empfehlung nach sollte man Strafgesetze wohlwollend auslegen und die Strafen eher mildern als schärfen.<sup>204</sup> Durch die Begegnung mit dem Christentum kommt es jedoch zu einer Wiederbelebung des uns ganz unchristlich anmutenden, im vorkonstantinischen Recht größtenteils längst überwundenen alttestamentlichen Talionsprinzips.<sup>205</sup> Die Strafgesetze der christlichen Kaiser überbieten einander an schroffen Grausamkeiten.<sup>206</sup> Das Übergewicht des Ausdruck ‚Rache‘ (*ulcisci, ultio*) in spätantiken Kaiserkonstitutionen erscheint symptomatisch.<sup>207</sup> Schroff herausgestellt wird in ihnen auch die Idee der Abschreckung (oben V 11-12). Unter rhetorischem

---

can. 2216 ff.; NAGLER 1918, 155 ff.; W. REES, Die Strafgewalt der Kirche, dargestellt aufgrund seiner Entwicklung (Berlin 1993) 172 ff., 184 ff. passim; REES, Grundfragen des kirchlichen Strafrechts, in: Jos. List/Herib. Schmitz (Hrsg.), Handbuch des kanonischen Kirchenrechts (2. Aufl. 1999) § 105. Pius XII bevorzugte das Vergeltungsprinzip (*Punitur quia peccatum est*); L. Gerosa verfocht den Besserungsgedanken, s. KL. LÜDICKE in Lüdike, Münsterischer Kommentar zum Codex iuris canonici Band V (Cann. 1311–1752; Loseblatt, 18. Ergänzungslieferung 1992) Einl. Vor can. 1311 Randnr. 6e und 13 ff.

<sup>201</sup> Der Vergleich der Strafe mit einer Medizin für die kranke Seele des Verbrechers begegnet mehrfach schon bei Seneca, s. BONGERT in Diliberto 1993, 110 ff. In den Rechtsquellen fand der Gedanke jedoch nach NAGLER 154 Fn. 2 „keine wirkliche Resonanz“.

<sup>202</sup> Vgl. M. FUHRMANN: *Seneca und Kaiser Nero* (Frankfurt/M. 1999).

<sup>203</sup> F. SCHULZ: *Prinzipien des römischen Rechts* (1934/1954) 143 f.; BÖRSCH 2003, 43 ff.

<sup>204</sup> Paulus D. 50,17,155,2: *In poenalibus causis benignius interpretandum est*. Vgl. A. PALMA: *Benignior interpretatio* (Torino 1997) 90, 112. Hermogenian D. 48,19,42: *Interpretatione legum poenae molliendae sunt potius quam asperandae*. Ausführlich E. DOVERE: *De iure: Studi sul titolo I delle Epitome di Ermogeniano* (Torino 2001) 105–142.

<sup>205</sup> L. GÜNTHER I 139 ff. Wenige Beispiele: Abhauen der Füße (als schuldige Körperteile) für zu den Barbaren flüchtende Sklaven: Konstantin C. 6,1,3 von 317/322; H. BELLEN: *Studien zur Sklavenflucht im römischen Kaiserreich* (Wiesbaden 1971) 108 f. (passim). – Nach Entweichenlassen eines Gefangenen soll der Wächter die gleiche Strafe erleiden, zu der der Entflohenen verurteilt war: Valentinian CTh. 9,3,5 von 371. – Entmannung als Vergeltung für verbotene Kastration: Justinian Nov. 142 von 558; REIN 422 ff.; D. DALLA: *Incapacità sessuale nel diritto romano* (Milano 1978) 106–112; S. PULIATTI: *Tipicità della pena e qualitas personarum: L'evirazione*, in: *Nozione formazione etc.*, Ricerche dedicate a F. Gallo II (Napoli 1997) 141, 167 f. Als auszutilgendes Verbrechen wird die Kastration paradoxerweise hier, der Zielsetzung des Gesetzgebers zuwider, von ihm selbst verübt. An der Effektivität der von Konstantin erlassenen Vorgängervorschrift C. 4,42,1 zweifelt P. GUYOT, Eunuchen als Sklaven und Freigelassene (Stuttgart 1980) 49 f.

<sup>206</sup> Reich illustriert von LIEBS 1985, 85 ff.; DERS., 2002. Neigten die Christen gar zu unverhohlener Brutalität? fragt LIEBS 1985, 114 ff.

<sup>207</sup> *Ulcisci* insgesamt 17 Mal, aber nur 4 Mal bei spätklassischen Juristen. *Ultio* nur 5 Mal in den Digesten (frühestens bei Julian), aber 33 Mal im CTh. und 18 Mal im CJ.

## Die Zwecke von Buße und Kriminalstrafe nach römischen Rechtsquellen – 459

Einfluss wird die Gesetzessprache überdies zunehmend schmuckreicher, ja schwülstig, aber zum Nachteil inhaltlicher Präzision.<sup>208</sup> Von Bestrebungen zur Einschränkung (oder gar Abschaffung) der Todesstrafe<sup>209</sup> findet sich keine Spur, ihr Anwendungsbereich wird im Gegenteil ausgeweitet. Mit dem Tode und Vermögenseinzug bestraft Valentinian C. 1,11,7 (anno 451) das Zelebrieren heidnischer Opferriten, „damit ein jeder durch die Strenge unseres Gesetzes und aus Furcht vor Strafe von solchen verbotenen Opferfesten abgeschreckt werde“ (*ut hac legis nostrae severitate perterriti metu poenae desinant sacrificia interdicta celebrare*). Das Humanitätsideal, von dem sich Trajan, Hadrian, Antoninus Pius und Marc Aurel bei der Ausgestaltung des Strafrechts und Strafprozessrechts leiten ließen,<sup>210</sup> war längst verlassen.

2. Justinian schritt ohne Rücksicht auf dogmatische Bedenken präventiv in einem Fall der versuchten Anstiftung zum Diebstahl ein, der nach herrschender Klassikermeinung straflos geblieben war. Wer einen Sklaven dazu überredet, seinem Herrn einen goldenen Becher zu stehlen, blieb nach Gaius 3,198 straflos, wenn der Sklave seinen Herrn in den Plan einweiht und mit dessen Einverständnis den Becher dem Anstifter überbringt, um ihn *in flagranti* zu überführen. Eine Klage wegen Sklavenverführung schied ebenfalls aus, weil sich der Sklave nur zum Schein hat verführen lassen. Justinian gewährt hingegen in Inst. 4,1,18 aus moralischer Entrüstung beide Klagen, „damit nicht wegen dieser Strafflosigkeit gegenüber einem anderen Sklaven, der sich verführen lässt, eine solche Untat von jemandem verübt werde.“ Anstatt der hier genannten Generalprävention rechtfertigt Justinian die Bestrafung desselben Falles in C. 6,2,20 (anno 530) mit der Individualprävention: „damit er (der Täter selber) nicht... ein solches Vergehen versuche.“ Zwischen General- und Individualprävention wird also hier nicht unterschieden.<sup>211</sup> In der Bejahung zweier vollendeter Vergehen durch Justinian erblickte KARL BINDING ein Beispiel für dessen „ganz rohe Moralität“.<sup>212</sup>

---

<sup>208</sup> Beispielhaft Konstantins wortreiche Strafvorschrift gegen männliche Prostitution C. 9,9,31 (s. a.) mit unklarer Sanktion: „Wenn Männer sich nach Weiberart als Huren verdingen...: Die Gesetze sollen sich erheben, die Rechte sich mit rächendem Schwert bewaffnen...“ Dazu bemerkten OTTO/SCHILLING/SINTENIS in ihrer Übersetzung von 1832: „Die Stelle ist berühmt durch ihre rednerische Schönheit, aber zugleich durch ihre Schwierigkeiten...“

<sup>209</sup> Zum früheren Recht s. SCHULZ: *Prinzipien* (Fn. 203) 137 f. „Tapfere Männer“, sagte Cicero, Pro Rabirio 3,10, „können es sich zutrauen, ohne die Todesstrafe auszukommen.“ Diebe am Galgen aufzuhängen (in Preußen erst 1743 durch Friedrich den Großen beseitigt) hätten klassische Juristen als unmenschliche Grausamkeit angesehen.

<sup>210</sup> Die Strafpraxis früherer Kaiser schildert aufgrund literarischer Zeugnisse ROBINSON 1998.

<sup>211</sup> Vgl. schon oben VI 5. Den im Schrifttum oft kaum bemerkten Unterschied in der Formulierung sollte man entgegen NAGLER 153 nicht überbewerten. Neure Lit.: G. LUCHETTI: *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano* (Milano 1996) 479-488; B. BONFIGLIO, *Corruptio servi* (Milano 1998) 54 ff.; SPERANDIO 1998, 23 ff.; BÖRSCH 131 ff.

<sup>212</sup> BINDING: *Die Normen und ihre Übertretung II* 2, 655. Weit. Hinw. zur hier vorliegenden Problematik der „Diebesfalle“ bei WACKE 1995, 598.

# XI. Die Wahrscheinlichkeit der Verbrechensaufklärung. Vorbeugende Maßnahmen zur Verbrechensverhütung

1. Wie einleitend berichtet, befassten sich überwiegend italienische Gelehrte mit unserem Thema. In Italien sprechen die Strafrechtler zumeist von der „funzione della pena“. Der Begriff ‚Funktion‘ ist freilich, bezogen auf die Strafe, weniger ausdrucksstark als unser deutsches Wort ‚Zweck‘. Der Zweck ist etwas Subjektives: ein vorgestellter künftiger Zustand, der mit Hilfe von Mitteln willentlich herbeigeführt werden soll. Das Fremdwort ‚Funktion‘ ist hingegen eher objektiv konnotiert: Abgeleitet von lat. *fungi* ‚verrichten, leisten, vollbringen‘ bedeutet Funktion soviel wie Amt, Aufgabe, Wirksamkeit. Zum Begriff ‚Funktion‘ gehört daher auch eine Betrachtung dessen, ob die Zielvorgabe effektiv erreicht wird. In unserem Zusammenhang wäre zu fragen, inwieweit die in den römischen Rechtsquellen herausgestellte Abschreckungsfunktion der Strafe tatsächlich „funktionierte“. Dazu gehört evident mehr als hohe Strafandrohungen. Ebenso wichtig sind eine effektive Kontrolldichte bei der Ergreifung Verdächtiger, eine rasche Aburteilung und ein schleuniger Beginn des Strafvollzuges.<sup>213</sup> Zur römischen Antike finden sich hierüber jedoch in den oben II 2 angeführten bisherigen Abhandlungen zu unserem Thema nicht einmal Andeutungen.

2. Das Interesse an der Verbrechensaufklärung bewerteten die Juristen grundsätzlich sehr hoch.<sup>214</sup> Der Schutz der Persönlichkeit eines Tatverdächtigen trat demgegenüber deutlich zurück. Das ergibt sich aus einer von Paulus überlieferten kurzen Aussage zur *actio iniuriarum*, deren Kerngehalt im neueren Schrifttum soweit ersichtlich nicht hinreichend gewürdigt wurde:

D. 47,10,18pr. (Paulus *libro 55. ad edictum*): Eum qui nocentem infamavit, non esse bonum aequum ob eam rem condemnari: *peccata enim nocentium nota esse et oportere et expedire.*

„Wer einen Schuldigen in Verruf bringt, den deswegen zu verurteilen sei nicht recht und billig. *Die Vergehen der Schuldigen zu verlautbaren sei nämlich erforderlich und nützlich.*“

Der indirekten Rede zufolge referiert Paulus die Ansicht eines Gewährsmannes, dessen Name wohl einer Streichung zum Opfer fiel.<sup>215</sup> Das Asyndeton *bonum*

<sup>213</sup> Die Zulässigkeit alsbaldiger Hinrichtung aufgrund eines noch nicht rechtskräftigen Todesurteils wegen befürchteten öffentlichen Aufruhrs (oben V 9) würden wir eher kritisch beurteilen.

<sup>214</sup> Anders bei Anzeigen von Sklaven gegen ihre Herren: s. o. bei Fn. 120. Insoweit war doch nicht jedes Mittel zur Verbrechensaufklärung recht.

<sup>215</sup> Ob dies der im Umkreis des Fragments zitierte Julian war, wagt R. WITTMANN, SZ XXX (1974) 305 Fn. 53 nicht zu entscheiden.



*aequum* ist archaischer Sprachgebrauch, hier vermutlich zusammen mit den darauf folgenden Worten ein Zitat aus der Klageformel des allgemeinen Injurienedikts.<sup>216</sup> ‚*Nocens*‘ ist (im Gegensatz zum *innocens* oder *innocuus*) der (einer Straftat) Schuldige.<sup>217</sup> Die heikle Beweisfrage, ob die Beschuldigung zutrifft, ob der Bezichtigte wirklich der Täter ist, wird nicht angesprochen;<sup>218</sup> dargestellt wird der Fall (wie in Juristentexten häufig) aus der Perspektive des von FELIX WUBBE meisterhaft beschriebenen allwissenden *angelus intellectualis*.<sup>219</sup> Dennoch findet sich ein Anspielung auf die Beweisfrage im eigentümlich emphatischen Begründungssatz *peccata enim nocentium nota esse et oportere et expedire*.<sup>220</sup> *Nota esse* bedeutet dem Zusammenhang nach nicht „bekannt sein“ (wie man wörtlich übersetzen würde), sondern bekannt werden.<sup>221</sup> Der Anzeigende verdient deshalb öffentliches Lob, weil er zur Aufklärung des Verbrechens beitrug und bislang Unbekanntes zutage förderte.<sup>222</sup> Wäre der Verdächtige hingegen bereits angeklagt und verurteilt,

---

<sup>216</sup> Nach LENELS Rekonstruktion (EP<sup>3</sup> 399): *...quantam pecuniam recuperatoribus bonum aequum videbitur ob eam rem...condemnari*..Nach J. PARICIO: *Estudio sobre las acciones in aequum conceptae* (Milano 1986) 15 „la fórmula de la *actio iniuriarum* (al menos en el siglo I d. C.) hacía sólo referencia a *aequum*, *bonum* no figuraba en ella.“ Aber „Lenel irte selten“ (so Max Kaser wiederholt, mündlich). Zum Inhalt unseres interessanten Paulustextes bringt PARICIO 16 allzu wenig. Wie Lenel auch B. SCHMIDLIN, *Das Rekuperatorenverfahren* (Fribourg 1963) 37 ff., 40 f.; zuletzt G. KLINGENBERG, *Festschrift Mayer-Maly* (2002) 332 ff. Die unhaltbaren und bedauerlichen Textverdächtigungen durch F. PRINGSHEIM: *Bonum et aequum*, SZ 52 (1932) 103 = PRINGSHEIM; *Gesammelte Abhandlungen I* (Heidelberg 1961) 189 f. widerlegte überzeugend RABER (Fn. 191) 71 ff.; ihm zustimmend A. D. MANFREDINI: *La diffamazione verbale I* (Milano 1979) 204 Fn. 47.

<sup>217</sup> HEUMANN/SECKEL, *Handlexikon s. v. nocens*, mit Nennung unserer Stelle. Vgl. WITTMANN (Fn. 215). RABERS Deutung als „Gemeinschaftschädling“ S. 72 bezöge sich nur auf bestimmte Arten gemeingefährlicher Verbrechen. Der Vorwurf „schandbarer Handlungen“ (so RABER 71) wäre zu unspezifiziert.

<sup>218</sup> A. PERNICE: *Labeo: Römisches Privatrecht II I* (2. Aufl. Halle 1895) 33 sah hier hingegen eine „rückhaltlose Zulassung des Wahrheitsbeweises“, die im gemeinen Recht vielfach auf Kritik gestoßen sei (mit Lit.). PRINGSHEIM (Fn. 216) hielt das (mit unschlüssiger Begründung) für justinianisch. Zur Frage, welche Partei die stärkere sei, äußert sich D. PUGSLEY, TRG 36 (1968) 381 f. mit Fn. 47.

<sup>219</sup> F. WUBBE: *Ungewissheit und Unbehagen in Eigentumsfragen* (1977), jetzt in WUBBE: *Ius vigilantibus scriptum*, *Ausgewählte Schriften* (Fribourg 2003) 79 ff., im Anschluss an den Moralthologen Dominicus Soto.

<sup>220</sup> Die Kombination *oportere et expedire* begegnet nur hier.

<sup>221</sup> In der u. a. von A. D'ORS herausgegebenen spanischen Digestenübersetzung (1975) lautet der Schlusssatz zutreffend: „pues las faltas de los culpables es conveniente y útil que sean manifestadas.“ Die lateinischen Ausdrücke *notare*, *nota* haben eine ausgesprochen pejorative Konnotation: rügen, tadeln, mit Infamie (Schimpf und Schande) belegen (*notari infamia, ignominia*), s. HEUMANN/SECKEL s. h. vv.

<sup>222</sup> Dies verkannten PERNICE (Fn. 218), ihm zustimmend RABER (Fn. 216): Dem Anrühigen geschehe keine Unehre; er könne nicht erst werden, was er rechtlich schon ist. Aber selbst wenn die Infamie von Rechts wegen *ipso facto* eintrat, bildet deren rechtskräftige Feststellung im Urteil doch erst die entscheidende Grundlage. Nach Pernice soll es am Tatbestand einer Ehrenminderung fehlen. Der Schlusssatz verneint jedoch nur deren Rechtswidrigkeit; zutr.

bestünde an der weiteren Verbreitung des Urteils kein dringliches öffentliches Interesse; und die Ehrverletzungsklage eines wegen einer Straftat mit Infamiefolge Verurteilten wäre nicht schlüssig. Ob der Anzeigende durch die Straftat selbst verletzt wurde und deswegen in Wahrnehmung eigener berechtigter Interessen handelte, bleibt offen. Verglichen mit der modernen Regelung in § 193 StGB erscheint die kurze Textaussage wenig differenziert. Ist der Anzeigende nicht selbst betroffen, handelt er als Fürsprecher des allgemeinen Anliegens an der Verminderung der Dunkelziffer. Das öffentliche Interesse an der Verbrechensaufklärung<sup>223</sup> – vermutlich zwecks Abschreckung anderer – wird einseitig betont. Dass auch eine wahrheitsgemäße Behauptung ihrer ungehörigen Form wegen eine Beleidigung sein kann, dass auch Straftäter nicht unbegrenzt verunglimpft werden sollten, bleibt außer Betracht.<sup>224</sup> Um straffrei auszugehen, muss dem Anzeigenden schließlich auch der Beleidigungsvorsatz gefehlt haben.<sup>225</sup>

Inwieweit schließlich das (problematische) System der Delatorenprämien effektiv zur Verbrechensaufklärung beitrug, liegt außerhalb unseres hier zu behandelnden Themas. Dass die Zuerkennung einer Belohnung der Verbrechensaufklärung dienlich sein kann, vernachlässigte Papinian in D. 29,5,15pr. (oben VIII).

3. Die häufige Erwähnung von Raubüberfällen in den Rechtsquellen<sup>226</sup> lässt hinsichtlich der Effektivität der Verbrechensbekämpfung Skepsis aufkommen. Der *incursus latronum* (oder *hostium*) ist in den öfters begegnenden Kalamitäten-Katalogen neben Unwetterkatastrophen, Feuersbrunst oder Schiffbruch ein stereotyp genanntes Beispiel für entlastende *vis maior*.<sup>227</sup> Außerhalb der befriedeten Munizipien (und zumal zur Nachtzeit) lebte daher der antike Mensch nahezu ständig in der nicht unbegründeten Furcht,

---

WITTMANN (Fn. 215) 305.

<sup>223</sup> Einen Rechtfertigungsgrund sieht darin prinzipiell zutreffend KLINGENBERG (Fn. 216) 334.

<sup>224</sup> Straftäter werden einseitig stigmatisiert. Von einer Tilgung einer verbüßten Strafe nach dem Ablauf einer gewissen Zeit im Interesse der Resozialisierung zeigt sich noch keine Spur.

<sup>225</sup> Das erforderliche subjektive Rechtfertigungselement, nur zwecks Verbrechensaufklärung handeln zu wollen, vernachlässigt WITTMANN 305. Die diesbezüglich unpräzise Sachschilderung *qui nocentem infamavit* bringt schon den Übersetzer in Verlegenheit. Zu den im politischen Machtkampf am häufigsten verwendeten Schimpfwörtern zählte der (oft nicht ganz unbegründete) Vorwurf *latro*: GRÜNEWALD passim.

<sup>226</sup> Der Ausdruck *latro* begegnet im ganzen 111 Mal, davon allein in den Digesten 55 Mal. Dazu (ergänzend zu Grünewald) JAN BURIAN: *Latronus: Ein Begriff in römischen literarischen und juristischen Quellen*, Eirene 21 (1984) 17–23 (*non vidi*). Zum von A. MILAN, *Atti Ist. Veneto* 138 (1979) 171–197 untersuchten voraugusteischen Sprachgebrauch von *latro* s. die Anzeige von V. GIUFFRÉ, *Labeo* 27 (1981) 250 ff.

<sup>227</sup> z. B. D. 13,6,18pr.; 19,2,34; 26,7,50; *incursus hostium* in D. 19,2,15,2; TH. MAYER-MALY: *Höhere Gewalt: Falltypen und Begriffsbildung*, in: *Festschrift Steinwenter* (Köln/Graz 1958) 58 ff.; A. DOLL: *Von der vis maior zur höheren Gewalt* (Frankfurt/M. 1989).

mögliches Opfer eines Überfalls zu werden.<sup>228</sup> Erhöhte Gefahren lauerten auf Reisende.<sup>229</sup> Der auch im neutestamentlichen Gleichnis vom barmherzigen Samariter genannte Überfall durch Räuber (Lukas-Ev. 10,25-37) gehörte eben „als Ereignis höherer Gewalt wie Naturkatastrophen zu den Widrigkeiten des alltäglichen Lebens in römischer Zeit.“<sup>230</sup> Besonders gefährliche Gegenden, wo man damit rechnen musste, dass einem durch im Hinterhalt lauernde Wegelagerer das Schlimmste zustößt, waren überdies als *loca insidiosa* bekannt.<sup>231</sup>

---

<sup>228</sup> In D. 41,2,3,8 Satz 1 wagt der aus Furcht eingeschüchterte Eigentümer selbst nicht, sich seinem von Räubern besetzten Landhaus zu nähern; damit verliert er seinen Besitz: MÖHLER, SZ 77 (1960) XXX; L. SOLIDORO MARUOTTI: *Studi sull'abbandono degli immobili nel dir. rom.* (Napoli 1989) 99 f.; P. LAMBRINI, L'elemento soggettivo nelle situazione possessorie (Padova 1998) 112. Vgl. D. 42,5,12,2. – Wenn in Alfen D. 19,2,27,1 der Mieter *timoris causa emigrasset*, ist ebenfalls primär an eine Flucht aus Furcht vor Räubern zu denken; vgl. CARSTEN H. MÜLLER: *Gefahrtragung bei der locatio conductio* (Paderborn 2002) 89 f. Bei gerechtfertigter Furcht ist der Pächter von der Entrichtung des Pachtzinses befreit, s. S. TAFARO, *Causa timoris e migratio inquilinorum*, Index 5 (1974) 49 ff. – In D. 19,2,13,7 handelt es sich bei *exercitu veniente* vermutlich um ungesetzliche Einquartierung durch marodierende fremde Truppen, wogegen Widerstand zu leisten von Seiten des Pächters zwar möglich, aber oft nicht zumutbar ist: trotz der Zweifel von R. CARDILLI: *L'obbligazione a praestare* (Milano 1995) 350 ff., 352 wohl auch ein Fall von *vis maior*. Loyale Verbände von Legionären und illegale Abenteurerbanden waren nicht immer leicht voneinander abzugrenzen; Veteranen zogen es bisweilen vor, Briganten zu werden, vgl. C. 12,46,3 (anno 353); SHAW (unten Fn. 235) 352 f. Der in seiner Panik vor dem Gerücht des anrückenden Truppenverbandes fliehende Pächter konnte dessen Legitimation aus der Ferne mangels neuzeitlicher Nachrichtenübermittlungsmethoden vermutlich nicht genauer überprüfen. – In Diokletian C. 7,32,4 (anno 290) ist bei der nicht näher spezifizierten Furcht (*si... ex metus necessitate culturam eius <praedii> distulisti*) wohl ebenfalls an kriegेरische Auseinandersetzungen in der betreffenden Gegend zu denken, vgl. T. GIARO: *Excusatio necessitatis nel dir. rom.* (Warschau 1982) 80. – Nach D. 4,2,9pr. erörtere Labeo, welcher Rechtsbehelf eingreift, falls jemandem zu Ohren kommt, es nähere sich ein Bewaffneter, und darauf hin sein Grundstück verlässt. In D. 29,5,2 flüchtete ein von Räubern erschreckter und verwundeter Iulius Donatus in seine Villa. Bevor er starb, reinigte er durch testamentarischen Vermerk seine Sklaven von jeder Schuld an seinem Tode: Mit diesem Attest pflichtgemäßen Beistandes rettet der Testator seine Sklaven vor der vom SC *Silanianum* vorgeschriebenen Tortur; CHR. PAULUS: *Die Idee der postmortalen Persönlichkeit im römischen Testamentsrecht* (Berlin 1992) 221 ff.; DALLAXXX. – Die meisten dieser Fälle könnten sich unter heutigen rechtsstaatlichen Verhältnissen kaum noch ereignen.

<sup>229</sup> Stirbt ein Sklave auf der zum Zwecke seiner Freilassung zum Provinzgouverneur unternommenen Reise, braucht dessen Herr einen *manumissionis gratia* empfangenen Gelddbetrag grundsätzlich nicht zurückzuzahlen. Das gilt insbesondere, wenn der Sklave von Räubern getötet, durch Einsturz eines Stallgebäudes erschlagen oder von einem Wagen überrollt wird: Ulpian D. 12,4,5,4.

<sup>230</sup> GRÜNEWALD (o. Fn. 76) 28 ff. Das *periculum latronum* erwähnt auch der Apostel Paulus, 2. Korinther 11,26 unter den zahlreichen Gefahren, denen er auf seinen ausgedehnten Reisen ausgesetzt war.

<sup>231</sup> Gaius D. 39,6,4: Schenkung von Todes wegen vor Antritt einer Reise durch *insidiosa loca*; D. 6,1,36,1: Verschulden des Vindikationsbeklagten, der den herausverlangten Sklaven auf eine Reise *per insidiosa loca* schickt; ähnlich D. 9,2,9,3. Spezielle Rückzugsgebiete für Briganten waren unwegsamen Sümpfe, unübersichtlich verzweigte Flussmündungen wie das Nildelta und

Wenn aber nur in einem Bruchteil von begangenen Verbrechen die Täter ergriffen und verfolgt werden, steht der Abschreckungsgedanke als hohle Drohung auf dem Papier. Dann gilt, wer sich erwischen lässt, als der Dumme. „Die Nürnberger hängen keinen, sie hätten ihn denn,“<sup>232</sup> sagt prahlerisch derjenige, der eine Warnung in den Wind schlägt und hofft, einer angedrohten Strafe entgehen zu können. Mit dem effektiven Verfolgungsdruck, der Ergreifungswahrscheinlichkeit war es in der Antike nicht gut bestellt. Ein in der Öffentlichkeit präsender Polizeischutz gegen Rowdium und Alltagskriminalität existierte praktisch nicht.<sup>233</sup> Selbstschutz der Bürger war vor allem nötig.<sup>234</sup> Über das Banditenunwesen in Isaurien (Kleinasien) berichtet Ammianus Marcellinus vom Ende des 4. Jh.: (Faktische) „Straflosigkeit stachelte ihren frechen Sinn zu immer schlimmerer Verwegenheit an...“<sup>235</sup> Wer die Ahndung von Verbrechen vernachlässigt, lädt ein zu weiteren, ja schlimmeren Verbrechen.<sup>236</sup> Die geschärften Todesstrafen der Kreuzigung oder der Tierhetze

---

vor allem die unerschlossenen großen Gebirgszüge, s. SHAW in Giardina (u. Fn. 235) 345 ff., 349 ff.; GRÜNEWALD Reg. S. 262 s. v. Bergland als Räubergebiete. Die Region um den geheimnisumwitterten Ätna wurde beispielsweise zwischen 40 und 30 v. Chr. heimgesucht durch den Brigantenführer Selouros, den „Sohn des Ätna“: GRÜNEWALD 100 ff.

<sup>232</sup> WANDER (o. Fn. 8) III 1071. Die alte blühende Reichsstadt Nürnberg wird (nicht selten spöttisch) in vielen Redensarten genannt, s. RÖHRICH (o. Fn. 1). Nach GRAF/DIETHERR (Fn. 35) 347 auch auf den flüchtigen Verbrecher zu beziehen und als Kritik zu verstehen an dem im nachmittelalterlichen Recht zur Abschreckung vorgenommenen symbolischen Strafvollzug an seinem Bildnis, der dem römischen Recht unbekannten *executio in effigie*; dazu W. BRÜCKNER, Artt. Bildnisstrafe und Effigies, HRG I 424 ff., 806 ff. Nach Kreittmayrs kritischer Anmerkung (zit. bei GRAF/DIETHERR) sei bei dieser Exekution „wohl darauf zu achten, dass sie nicht mehr zum Gelächter als zum Exempel diene“.

<sup>233</sup> Überblick bei WEEBER (o. Fn. 79) und Artt. Polizei S. 278 f., Straßenkriminalität S. 346 f. Weiter O. ROBINSON, *Ancient Rome: City Planning and Administration* (London 1992) chapter 12, 13: *The Forces of Law and Order etc.* – Aus dem Dorf Euhemeria in der ägyptischen Faiyum-Oase ist aus den Jahren 28 bis 42 n. Chr. durch einen archäologischen Glücksfall ein Archiv von Strafanzeigen über Delikte der ländlichen Alltagskriminalität erhalten; anschaulich geschildert mit reichen Nachweisen von GRÜNEWALD 39–47. Frauen sind als Beschuldigte auch dort deutlich in der Minderheit: GRÜNEWALD 45 (vgl. schon o. Fn. 115). Gern wüsste man, wie viele der dort genannten Verdächtigen überführt und zur Rechenschaft gezogen werden konnten.

<sup>234</sup> Plinius empfahl Reisenden das Mitführen von Hunden, s. GRÜNEWALD 31. Durch das Tragen von Waffen konnte man freilich in den Verdacht geraten, selber ein Räuber zu sein: Apuleius Met. 8,16–18. – Angreifende Straßenräuber durch List zu täuschen, war (ähnlich der Notwehr) als *dolus bonus* erlaubt: D. 4,3,1,3; WACKE, SZ 94 (1977) 221 ff. – Die Entführung der Begleitperson (des „body-gards“) wäre auch unter dem Aspekt der persönlichen Sicherheit zu würdigen. Das *comitem abducere* in D. 47,10,15,15–19 war allerdings eine reine Frauenschutzbestimmung zum Schutze weiblicher Schamhaftigkeit; F. RABER, *Studi Volterra* III 633–646. – Auf den Latifundien hatten *saluarii* als Forst- und Feldhüter für die Gefahrenabwehr (auch gegen Holzdiebstahl) zu sorgen, in den Digesten achtmal bezeugt: WACKE: Umweltschutz im römischen Recht? OIR 7 (2002) 101 ff., 129. Zur „Domänenpolizei“ s. M. ROSTOVZEFF, *Philologus* 64 (1905) 297–307; vgl. GRÜNEWALD 34.

<sup>235</sup> *Res gestae* 14,2,1–2,4; BRENT D. SHAW: Der Bandit, in: A. Giardina (Hrsg.), *Der Mensch der römischen Antike* (Frankfurt/M. u. a. 1991) 337 ff.

<sup>236</sup> Eine alte Weisheit: *Invitat culpam, qui peccatum praeteriit* (Publilius Syrus). *Impunitas ad*

(oben V 6) beeindruckten die zusammengerotteten *latrones* vermutlich wenig. Eher hofften sie, dass es ihnen gelänge, bei einem Überfall auch den letzten in Betracht kommenden Zeugen umzubringen; eine solch gefährlich Bande war ohnehin nur schwer zu ergreifen. Übersichtlichere Straßen und unregelmäßige Patrouillen hätten vermutlich mehr bewirkt.<sup>237</sup> An Bemühungen zur Bekämpfung fehlte es zwar nicht.<sup>238</sup> Zu den Aufgaben eines verantwortungsbewussten Statthalters rechnet Ulpian D. 1,18,13pr. vor allem die Sorge für Frieden und Ruhe in der Provinz durch Verfolgung von Übertätern jeder Art wie Tempelräuber, Wegelagerer und Diebe, einschließlich ihrer Helfershelfer, die ihnen Unterschlupf gewähren, und Hehler.<sup>239</sup> In

---

*deteriora invitat*: LIEBS Nr. J 132, 24. Wer Schuldige verschont, bedroht die Unschuldigen: *Bonis nocet, qui malis parcit. Minatur innocentibus, qui parcit nocentibus*: LIEBS Nr. B 17, M 45. Wer Unrecht nicht verfolgt, begeht darum selbst Unrecht: *Iniuriam ipse facias, ubi non vindices*: LIEBS Nr. J 82. „Wer nicht straft die Missetat, selber schuldig wird der Tat“: WANDER (o. Fn. 8) Strafe Nr. 28. Dass man im Zweifel eher einen präsumptiv Schuldigen freisprechen soll als einen möglicherweise Unschuldigen verurteilen (Trajan D. 48,19,5pr.: *In dubio pro reo*: LIEBS Nr. J 62), steht nicht entgegen.

<sup>237</sup> An den Knotenpunkten der Reichsfernstraßen ließ Augustus planmäßig Polizeiposten (*stationes*) anlegen. Den *stationarii* oblag auch die Verbrechensverfolgung: LANATA (u. F. 240) 299 f. m. Nachw. Auch der Straßenbau dient zuweilen der Befriedung unruhiger Regionen. Die Erfolge dieser vorbeugenden Konzepte zur Verbrechensverhütung beurteilt GRÜNEWALD 32–35 insgesamt eher skeptisch.

<sup>238</sup> Ergänzend zu Grünwald siehe A. D. MANFREDINI, Municipii e città nella lotta ai latrones, in: *Annali Univ. Ferrara* 6 (1992) 23–34, auch in: González Fernández (ed.), *Roma y las provincias. Realidad administrativa e ideología imperial* (Madrid 1994) 147–159. Zu den wirksamsten Methoden der Ergreifung von Briganten gehörte die Anstiftung von Spießgesellen und Kollaborateuren (*receptores*) zum Verrat: SHAW (Fn. 235) 361. Bulla Felix konnte nur durch die List gefasst werden, dass eine Geliebte durch das Versprechen von Vorteilen dazu verleitet wurde, ein mit ihm verabredetes heimliches Stelldichein preiszugeben: GRÜNEWALD 169. – KRAUSE 24 ff. glaubt für die Kaiserzeit an eine Verbesserung der Strafverfolgung. Einzuräumen ist, dass jedenfalls die Anstrengungen dazu verstärkt wurden. Gewerbsmäßiges Kidnapping von Sklaven und Freien nahm trotzdem unter Diokletian sogar im Stadtgebiet Roms überhand. Wie heutzutage bei auffälligen Straftaten, erscholl schon damals der Ruf nach härterer Bestrafung (C. 9,20,7: oben V 11). Gegen eine Verschärfung der Strafgesetze wird dann von besonnener Seite regelmäßig eingewandt, die geltenden Bestimmungen reichten aus. Die Effektivität schärferen Einschreitens wird angezweifelt, weil statistisch nicht zu ermitteln ist, wie viele Personen sich dadurch mehr als bisher abschrecken lassen. – Für das Zeitalter Justinians kann von einer gesetzmäßigen Strafverfolgung trotz wortreicher kaiserlicher Lippenbekenntnisse, die eher ein Ausdruck von Hilflosigkeit sind, jedenfalls in den Provinzen keine Rede sein: N. VAN DER WAL, *La codification de Justinien et la pratique contemporaine*, *Labeo* 10 (1964) 232; LANATA (u. Fn. 240) 298 f.

<sup>239</sup> Zu D. 1,18,13pr. bringen SHAW (Fn. 235) 356 und GRÜNEWALD 33 Fn. 61 weiterführende Hinweise; s. bes. MAROTTA: *Mandata principum* (Torino 1991) 161 ff.; ferner SANTALUCIA in: *Derecho romano de obligaciones, Homenaje Murga* (Madrid 1994) 786 f. und PIETRINI (Fn. 243) 41 f.; Zweifel an der paläogenetischen Einordnung äußert MAROTTA (Fn. 52) 255 f. Die sehr schwierige Aufgabe *ut pacata atque quieta provincia sit* verniedlicht Ulpian allerdings zu sehr mit den Worten *quod non difficile optinebit*. Die Kaiser mussten sich die Sorge für die öffentliche Sicherheit besonders angelegen sein lassen, denn von der Zufriedenheit der Bevölkerung hing die Legitimität ihrer eigenen Herrschaft ab. Schwierig gestaltete sich die auch durch kaiserliche

mehreren Provinzen ist inschriftlich ein Beamter zur Abwehr von Raubüberfällen (*praefectus arcendis latrocinii*) bezeugt.<sup>240</sup> Ulpian erwähnt einen *latrunculator* als Sonderbevollmächtigten für die Bekämpfung von Straßenräubern;<sup>241</sup> wohl das lateinische Pendant zum Irenarchen in den östlichen Provinzen (oben VI 5 bei Fn. 147 zu D. 48,3,6,1). Als weitere Beauftragte zur Verbrechensaufklärung wären zu erwähnen während der Republik die Drei-Männer-Behörde,<sup>242</sup> in der Spätzeit der *defensor civitatis*.<sup>243</sup>

Die vorbeugende Verhütung von Verbrechen ist schließlich wichtiger als zu verhindern, dass bereits begangene ungestraft bleiben.<sup>244</sup> Effizientere Methoden der Strafverfolgung konnten die Juristen aber nicht schaffen. Als Berater im kaiserlichen Konsilium konnten sie höchstens auf deren Verbesserung dringen. So dürften die abschreckenden, in der Spätantike sogar exorbitant hohen Strafandrohungen ein Symptom für die Schwäche der Staatsgewalt bei der Verbrechensbekämpfung und -verfolgung bilden.<sup>245</sup>

---

*mandata* eingeschränkte Verbrechensbekämpfung (D. 48,13,4,2) wegen der sehr unterschiedlich mit Sicherheitskräften ausgestatteten einzelnen Provinzen; an deren Grenzen gab es überdies Kompetenzprobleme wegen des offenbar fehlenden Rechts der Nacheile; vgl. SHAW (Fn. 235) 356 f. – Zur planmäßigen Entwaffnung der Zivilbevölkerung siehe die Nachweise bei GRÜNEWALD 34 Fn. 67. Als vorbeugende Maßnahme wurde anno 365–65 n. Chr. zwecks Einschränkung der Operationsfelder und der Fluchtmöglichkeiten den Hirten und anderen nicht staatlicherseits dazu Legitimierten als potentiellen Delinquenten sogar das Halten von Pferden untersagt: CTh. 9,30,1 und 4–5; SHAW (Fn. 235) 355. Auf dieser Linie liegt es, wenn Motorradfahrern in Neapels Innenstadt kürzlich dem Vernehmen nach durch Polizeiverordnung die Mitnahme eines Soziusfahrers verboten wurde, um zu verhindern, dass sie Fußgängern ihre Taschen entreißen.

<sup>240</sup> GRÜNEWALD 33 f. Er erwähnt Fn. 35 sogar „Räuberfänger“ als geachtete und gesuchte Spezialisten. Weiteres zu „Räuberjägern“ bringt G. LANATA im lesenswerten Beitrag (allerdings unter wenig kennzeichnend gekürzter Überschrift) „Henkersbeil oder Chirurgenmesser?“, in: Rechtshistorisches Journal [RJ] 6 (1987) 292–306, 302 f.

<sup>241</sup> D. 5,1,61,1. Der *latrunculator* (das Wort findet sich in den klassischen Rechtsquellen nur hier) hat danach keine Rechtsprechungskompetenz in vermögensrechtlichen Angelegenheiten. Er war aber offenbar (wie *e contrario* daraus zu folgern ist) mit einer Kriminaljurisdiktion in unterer Instanz ausgestattet. Vgl. MOMMSEN: *Röm. Staatsrecht II* 2 (3. Aufl. 1887, Neudr. 1963) 1075 Fn. 2; eingehend, mit späteren Parallelen im griechischen Osten LANATA 303 ff.

<sup>242</sup> CASCIONE: *Tresviri capitales* (Napoli 1999).

<sup>243</sup> C. 1,55,6 = C. 1,29,8 von 392; V. MANNINO: *Ricerche sul defensor civitatis* (Milano 1984) 117 f.; St. PIETRINI: *Sull'iniziativa del processo criminale romano* (IV–V secolo; Milano 1996) 138. Zum Irenarchen o. Fn. 147.

<sup>244</sup> Vgl. o. Fn. 191 f. Um Einbruchsdiebstähle in die während der öffentlichen Spiele verlassenen Häuser zu verhüten, ließ Augustus zur Zeit der Veranstaltungen verstärkt Wachleute patrouillieren: GRÜNEWALD 37 f.

<sup>245</sup> Weitere Indizien sind das Ende des 4. Jh. erweiterte Notwehrrecht (o. Fn. 140), besonders das staatlicherseits nicht gemeisterte gesellschaftliche Phänomen der *potentiores* (o. Fn. 157). – Übereinstimmend für das deutsche Mittelalter EBERHARD SCHMIDT: *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege* (3. Aufl. Göttingen 1983) 67. – Bei militärischen Straftaten war es um die Verfolgungsdichte wegen der ständigen Begleitung durch Kommilitonen vermutlich günstiger bestellt.

Bibliographie<sup>246</sup>

*A. Strafzwecke nach römischem Recht*

- BIONDI, BIONDO 1954: Il diritto romano cristiano, vol. III, S. 425–429.
- BÖRSCH, MICHAEL 2003: Damit Übeltaten nicht ungestraft bleiben. Impunitas als Argument der klassischen römischen Juristen (Frankfurt/M.).
- BONINI, ROBERTO 1993: Alcune considerazioni sulla funzione della pena nelle Novelle giustinianee, in: Diliberto 1993, S. 397–414.
- BUONAMICI, F. 1899: Il concetto della pena nel diritto giustiniano, in: Pel cinquantesimo anno d'insegnamento di Enrico Pessina II: Sudii di diritto penale (Napoli) 185–204.
- DE ROBERTIS, FRANCESCO 1948: La funzione della pena nel diritto romano, in: Studi in onore di Siro Solazzi (Napoli) 169 ff. = DE ROBERTIS, Scritti varii di diritto romano vol. III (Bari 1987) 5–34.
- DILIBERTO, OLIVIERO 1992: Materiali per la palingenesi delle XII Tavole vol. I (Cagliari), bes. S. 304–329.
- DILIBERTO, OLIVIERO 1993: La pena tra filosofia e diritto nelle Noctes Atticae di Aulo Gellio, in: Diliberto (u. B).
- DUCOS, MICHELE 1984, Les romains et la loi. Recherches sur les rapports de la philosophie greque et de la tradition romaine à la fin de la République (Paris), bes. chapitre VII: «La crainte du châtement».
- FERRINI, CONTARDO 1899: Diritto penale romano, Teorie generali (Milano) S. 25–34: “Natura ed ufficio del diritto penale”.
- GIOFFREDI, CARLO 1971: Sulla concezione romana della pena, in: Sudi in onore di Edoardo Volterra vol. II (Milano) 333–350 = GIOFFREDI, I principi del diritto penale romano (Torino 1970) 41–61.
- GÜNTHER, LOUIS 1889: Die Idee der Wiedervergeltung in der Geschichte und Philosophie des Strafrechts I (Erlangen, Neudruck Aalen 1966) 109–161.
- HUMBERT, MICHEL 1989/91: La peine en droit romain, in: La peine/punishment, Recueils de la Société Jean Bodin 55 partie I Antiquité (Bruxelles) 133–183, bes. 135–154.
- NAGLER, JOH. 1918: Die Strafe (Leipzig), Erste (einzige?) Hälfte. Darin § 11: Der römische Strafbegriff, S. 137–155.

---

<sup>246</sup> Verwendete Abkürzungen: ANRW = Aufstieg und Niedergang der römischen Welt (hrsg. H. Temporini/Haase); BIDR = Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano (Roma); C. = CJ. = Codex Justinianus; CTh. = Codex Theodosianus; D. = Digesta; OIR = Orbis Iuris Romani (Bratislava/Brno/Trnava); PS = Pauli Sententiae; RHD = Revue historique de droit français et étranger (Paris); RIDA = Revue d'Histoire des Droits de l'Antiquité (Bruxelles); SDHI = Studia et Documenta Historiae et Iuris (Roma); SZ = ZRG = Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Köln/Weimar/Wien); TRG = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (Leiden).

- REIN, WILHELM 1844: Das Kriminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian (Neudruck Aalen 1962) 77–88.
- SITZIA, FRANCESCO 1990: Aspetti della legislazione criminale nelle Novelle di Giustiniano: Il problema della giustificazione della pena, in: Subseciva Groningana 4 (Groningen) 211–220.

*B. Sonstige (allgemeinere) Abhandlungen zum römischen (und frühmittelalterlichen) Strafrecht<sup>247</sup>*

- ALEXANDER, MICHAEL C. 2002: The Case for the Prosecution in the Cicero-  
nian Era (Ann Arbor).
- BAUMAN, RICHARD A. 1996: Crime and Punishment in Ancient Rome  
(London); rez. v. G. KLINGENBERG, SZ 115 (1998) 605–615.
- BRASIELLO, UGO 1937: La repressione penale in diritto romano (Napoli).
- BURDESE, ALBERTO (a cura di) 1988: Idee vecchie e nuove sul diritto criminale  
romano (Padova).
- CANTARELLA, EVA 1991: I supplizi capitali in Grecia e a Roma (Milano).
- CASCIONE, COSIMO 1999: Tresviri capitales. Storia di una magistratura minore  
(Napoli).
- (Châtiment): Le châtiment et la cité. Table ronde 1982, École française de  
Rome, 79 (1984).
- DILIBERTO, OLIVIERO 1993 (a cura di): Il problema della pena criminale tra  
filosofia greca e diritto romano (Napoli).
- ERMANN, JOACHIM 2000: Strafprozess, öffentliches Interesse und private  
Strafverfolgung. Untersuchungen zum Strafrecht der römischen Republik  
(Köln); rez. v. E. HÖBENREICH, SZ 120 (2003) 286–298.
- FUCHS, J. G. 1959: Römisches Recht und moderne Strafrechtswissenschaft, in:  
Stellung und Aufgabe des Richters im modernen Strafrecht. Schweizerische  
Zeitschrift für Strafrecht Bd. 75, Mélanges O. A. Germann (Bern) 21–34.
- FUHRMANN, MANFRED 1962: Art. ‚poena‘, in: Paulys Realencyklopädie der  
class. Altertumswiss., Suppl. IX 843–961 (zusammenfassender Überblick  
über die Kriminalstrafen Sp. 855–961).
- FUHRMANN, MANFRED 1991: „Grundrechte“ im Strafprozess der römischen  
Republik und ihr Wiederhall im 18./19. Jh., in: O. Behrends/M. Diesselhorst  
(Hrsg.), Libertas: Symposium Wieacker z. 80. Geb.Tag (Ebelsbach) 97–112.
- GAROFALO, LUIGI 1997: Appunti sul diritto criminale nella Roma monarchica e  
repubblicana (3. ed. Padova).
- GAROFALO, LUIGI 2001: Concetti e vitalità del diritto penale romano, in: Iuris  
vincula, Studi M. Talamanca IV (Napoli) 73–106.

<sup>247</sup> Ausführliche Literaturberichte über neuere Arbeiten zum römischen Kriminalrecht bringen  
D. A. CENTOLA, SDHI 63 (1997) 499–520 und M. MIGLIETTA in F. Amarelli/F. Lucrezi (o. Fn.  
75) 247 ff.



## Die Zwecke von Buße und Kriminalstrafe nach römischen Rechtsquellen – 469

- GEBHARDT, JÖRG 1994: Prügelstrafe und Züchtigungsrecht im antiken Rom und in der Gegenwart (Köln etc.); rez. v. É. JAKAB, SZ 113 (1996) 667–669; G. CRIFÒ, Iura 45 („1994“, aber 1997) 150 ff.
- GENIN, JEAN-CLAUDE 1968: La répression des actes de tentative an droit criminel romain (Thèse Lyon).
- GIUFFRÈ, VINCENZO 1998: La repressione criminale nell'esperienza romana. Profili (5. ed. Napoli).
- HÖBENREICH, EVELYN 1989/90: Leopold Wenger und das Studium des römischen Strafrechts, BIDR 31/32, 377–407.
- HÖBENREICH, EVELYN 1990: Überlegungen zur Verfolgung unbeabsichtigter Tötungen von Sulla bis Hadrian, SZ 107, 305 ff.
- HOLZHAUER, HEINZ 1993: Zum Strafgedanken im frühen Mittelalter, in: Festschr. Ekkehard Kaufmann (Paderborn) 179–192 = HOLZHAUER, Beiträge zur Rechtsgeschichte, hrsg. St. Chr. Saar/A. Roth (Berlin 2000) 112–126.
- HÜBNER, HEINZ 1985: Zum Ius puniendi in der Geschichte des römischen Rechts, in: Festschr. für Dietrich Oehler S. 3 ff. = HÜBNER, Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte, Ausgewählte Schriften (Köln 1997) 393 ff.
- KIRNER, GUIDO O. 2004: Strafgewalt und Provinzialherrschaft. Eine Untersuchung zur Strafgewaltpraxis der römischen Statthalter in Judäa (6–66 n. Chr.) (Berlin)
- KRAUSE, JENS-UWE 1996: Gefängnisse im Römischen Reich (Stuttgart); rez. v. G. KLINGENBERG, SZ 115 (1998) 615–623; A. CHAUVOT, Gnomon 72 (2000) 183 f.
- LIEBS, DETLEF 1980: Alexander Severus und das Strafrecht, in: Antiquitas Reihe 4, Beiträge zur Historia-Augusta-Forschung Band 14 (Bonn 1980) 115–147 (Bonner Historia-Augusta-Colloquium 1977/1978).
- LIEBS, DETLEF 1983: Strafrechtliches in der Tacitus-Vita, in: ebenda Band 15 (Bonn 1983) 157–171.
- LIEBS, DETLEF 1985: Unverhohlene Brutalität in den Gesetzen der ersten christlichen Kaiser, in: O. Behrends u. a. (Hrsg.), Römisches Recht in der europäischen Tradition (Ebelsbach) 89–116.
- LIEBS, DETLEF 2002: Öffentliches und Privatstrafrecht in der römischen Kaiserzeit, in: J. Weitzel (Hrsg.), Hoheitliches Strafen in der Spätantike und im frühen Mittelalter (Köln) 11–25.
- LOVATO, ANDREA 1994: Il carcere nel diritto penale romano dai Severi a Giustiniano (Bari); rez. v. R. KNÜTEL, Iura 45 („1994“, aber 1997) 163–167; A. VÖLKL, SZ 114 (1997) 610 ff.; E. HÖBENREICH, Gnomon 72 (200) 141–145.
- MACMULLEN, J. 1986: Judicial savagery in the Roman Empire, Chiron 16, 147–166.
- MANFREDINI, ARRIGO D. 1998: La “Bestrafung des schuldigen Gliedes”, in: Index 26 (1998) 231 ff.

- MASIELLO, TOMMASO 1996: Mommsen e il diritto penale romano (Bari); rez. v. G. GRIFÒ, SDHI 62 (1996) 535–541.
- MOLNÁR, IMRE 1998: Grundprinzipien des römischen Strafrechts, in: O. M. Péter/B. Szabó (Hrsg.), A bonis bona discere, Festgabe J. Zlinszky (Miskolc), 189–208.
- MUCIACCIA, GIANCARLO 1980: Sull'uso del termine ‚casus‘ nel diritto penale romano, in: Atti del II Seminario romanistico gardesano (Milano) 333–355.
- NEHLSSEN, HERMANN 1983: Entstehung des öffentlichen Strafrechts bei den germanischen Stämmen, in: K. Kroeschell (Hrsg.), Gerichtslauben-Vorträge. Freiburger Festkolloquium für H. Thieme (Sigmaringen) 3–16.
- PAVÓN TORREJÓN, P. 2003: La carcel y el encarcelamiento en el mundo romano
- PUGLIESE, GIOVANNI 1969/1985: Le garanzie dell'imputato nella storia del processo penale romano, in: PUGLIESE, Scritti giuridici scelti II (Napoli 1985) 603–619 (zuerst 1969).
- PUGLIESE, GIOVANNI 1982/1985: Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il principato, ANRW 14.2, 722–789 = PUGLIESE, Scritti cit. II 651–720.
- REHFELDT, BERNHARD 1965: Die Entwicklung der Strafe, in: Festschrift H. C. Nipperdey I (München) 95–111.
- ROBINSON, O. F. 1995: The Criminal Law of Ancient Rome (London).
- ROBINSON, O. F. 1998: Crime and Punishment and Human Rights in Ancient Rome, in: H. Jones (Hrsg.), Le monde antique et les droits de l'homme, Actes de la 50<sup>e</sup> Session de la Société internationale pour l'histoire des droits de l'antiquité (Bruxelles) 325–334.
- ROBINSON, O. F. 2001: Unpardonable Crimes: Fourth Century Attitudes, in: J. Cairns/O. Robinson (editors), Ancient Law, Comparative Law & Legal History. Essays in Honour of Alan Watson (Oxford) 117–126.
- SALERNO, FRANCESCO 2003: „Ad metalla“: Aspetti giuridici del lavoro in miniera (Napoli).
- SANTALUCIA, BERNARDO 1994: Studi di diritto penale romano (Roma).
- SANTALUCIA, BERNARDO 1998: Diritto e processo penale nell'antica Roma (2. ed. Milano); rez. v. T. SPAGNUOLO VIGORITA, Index 29 (2001) 376–395. Die 1. Aufl. von 1989 übersetzte E. HÖBENREICH: Verbrechen und ihre Verfolgung im antiken Rom (Lecce 1997).
- SCAPINI, NEVIO 1992: Diritto e procedura penale nell'esperienza giuridica romana. Lezioni (Parma).
- SPERANDIO, MARCO URBANO 1998: Dolus pro facto. Alle radici del problema giuridico del tentativo (Napoli); rez. v. L. GAROFALO, Iura 49 (1998), aber 2002) 186–194.
- THOMAS, YAN 1996, Sich rächen auf dem Forum. Familiäre Solidarität und Kriminalprozeß in Rom (1. Jh. v. Chr.-2. Jh. n. Chr.), in: Historische Anthropologie 4 (1996) 161–186. Frz. Original: Y. THOMAS, Se venger au

- forum. Solidarité familiale et procès criminel à Rome, in: *La vengeance III* (hrsg. Verdier/Poly) Paris 1984, S. 87 ff.
- TORALLAS TOVAR, S./PÉREZ MARTÍN, I. (Hrsg.) 2003: *Castigo y reclusión en el mundo antiguo*
- VENTURINI, CARLO 1996: *Processo penale e società politica nella Roma repubblicana* (Pisa).
- WACKE, ANDREAS 1979: Fahrlässige Vergehen im römischen Strafrecht, *RIDA* 26, 505–566.
- WACKE, ANDREAS 1980: Der Selbstmord im römischen Recht und in der Rechtsentwicklung, *SZ* 97, 26–77.
- WACKE, ANDREAS 1993: Audiatur et altera pars. Zum rechtlichen Gehör im römischen Zivil- und Strafprozess. in: M. J. Schermaier/Z. Végh (Hrsg.), *Ars boni et aequi. Festschr. für Wolfgang Waldstein* (Stuttgart) 369–399.
- WACKE, ANDREAS 1995: Poenalisierung des untauglichen Versuchs? in: *Collatio iuris romani. Études dédiées à Hans Ankum* (Amsterdam) vol. II 593–602.
- WALDSTEIN, WOLFGANG 1964: Untersuchungen zum römischen Begnadigungsrecht. *Abolitio-indulgentia-venia* (Innsbruck).

ANDREAS WACKE

## A BÍRSÁG ÉS A BÜNTETÉS CÉLJA A RÓMAI JOG FORRÁSAI SZERINT

(Összefoglalás)

A tanulmány a büntetés okát (miért) és célját vizsgálja. A szerző először a büntetéselmélet filozófiai alapjait elemzi (I). Már az ókori bölcselek a megtorlást és a megelőzést emelik ki a büntetésnél (Seneca, Gellius). A szakirodalmat 150 éve Theodor Mommsen alapvető műve (*Römisches Strafrecht* 1899) befolyásolja (II). A szerző részletesen elemzi az újabb monográfiákat, majd a magánjogi és a büntetőjogi jogellenes cselekmények kategóriát foglalja össze (III). A büntetés legősibb eleme a megtorlás gondolata (IV). A római jog forrásai gyakran hivatkoznak az elrettentésre is (V). A szerző részletes exegézis keretében foglalkozik Paulus, Gaius, Tryphonius, Callistratus, Modestinus kommentárjaival és a Kr. u. 3. századból datált császári rendeletekkel.

Már Paulus kiemeli a pénzbírság nevelő jellegét; ezzel indokolja, hogy a bírságfizetési kötelezettség az örökösökre nem száll át. Hadrianus szintén a javí-

tási célzatot hangsúlyozza, amikor a sportbaleset révén előállt halált okozó testi sértés gondatlan változatát (törvényi rendelkezés híján is) száműzetéssel bünteti. A nevelő-javító szándék vezetett a visszaeső tettesek szigorúbb büntetéséhez is (Callistratus). A büntetés más esetben elégtétel adását is célozhatta (VII). Öröklésjogi eset kapcsán veti fel Paulus a kérdést, hogy az örökhagyó erőszakos halálát megbosszuló, de csak helyettes örökösként nevezett örökös előre léphet-e (VIII).

A szerző ezt követően részletesen összefoglalja tanulmánya eredményeit (IX). A X. pont a keresztény ideológia hatását elemzi a büntetési koncepcióra. Végül a klasszikus római jogászoknak a megelőző intézkedésekre vonatkozó nézeteit ismerteti.